Untersuchungen zur Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiete des Normenkontrollrechts nach dem Grundgesetz

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Ludwig Renck
aus Amberg

1964

7775

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547601_0049

Untersuchungen zur Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiete des Normenkontrollrechts nach dem Grundgesetz

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Ludwig Renck
aus Amberg

1964

Dekan: Prof. Dr. Ferdinand Elsener
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Adolf Schüle
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof
Tag der mündlichen Prüfung: 29.5.1964

INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
Inhaltsübersicht	I - II
Literaturverzeichnis	III - X
Abkürzungen	X
Einleitung	1
1. Teil. GRUNDLAGEN.	5
1. Abschnitt. THEORETISCHE GRUNDLAGEN - NORMPRÜFUNG UND NORMFEHLER.	5
1. Unterabschnitt. Normzweifel und ihre Behebung.	5
§ 1. Arten der Normzweifel und Möglichkeiten der Normprüfung.	5
§ 2. Prinzipale und inzidente Normprüfung.	8
§ 3. Rechtsbeanstandungs- und Rechtsschutzverfahren.	12
2. Unterabschnitt. Normfehler und die Rechtsfolgen von Normfehlern.	19
§ 4. Die Rechtsfehler von Rechtsvorschriften.	19
§ 5. Die Vorrangsnorm.	24
§ 6. Die Rechtswirkungen des Normvorrangs.	28
2. Abschnitt. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN - DIE ÜBERPRÜFUNG VON STAATSAKTEN DURCH DIE GERICHTE.	33
§ 7. Die Gerichtskontrolle von Staatsakten als Gewaltenteilungsproblem.	33
§ 8. Die richterliche Prüfungsbefugnis als bundesstaatliches Problem.	37
2. Teil. DIE KONKRETE ZUSTÄNDIGKEITSORDNUNG.	45
1. Abschnitt. DIE BEFUGNIS ZUR REGELUNG DER INZIDENTKONTROLLE VON RECHTSVORSCHRIFTEN DURCH GERICHTE.	45
§ 9. Begriff und historische Entwicklung der Inzidentkontrolle.	45
§ 10. Die Kontrollfunktion der Rechtsprechung gegenüber Gesetzgebung und vollziehender Gewalt.	51
§ 11. Die Regelung der gerichtlichen Inzidentkontrolle im Grundgesetz.	55

Seite

§ 12. Die Folgerungen aus der grundgesetzlichen Regelung. 60

2. Abschnitt. DIE BEFUGNIS ZUR REGELUNG DER PRINZIPALEN NORMENKONTROLLE. 65

1. Unterabschnitt. Die Befugnis zur Regelung der nachträglichen Prinzipalkontrolle. 66

§ 13. Die Verwerfungsmonopole der nachträglichen Prinzipalkontrollverfahren. 66

§ 14. Art. 100 Abs. 1 GG und die Gesetzgebungsbefugnis der Länder. 71

2. Unterabschnitt. Die Befugnis zur Regelung der ursprünglichen Prinzipalkontrolle. 76

a) Der Umfang der Bindung des Bundesgesetzgebers. 76

§ 15. Maßstabs- und Gegenstandsnormen der ursprünglichen Prinzipalkontrolle. 76

§ 16. Die Antragsberechtigten der bundesverfassungsgerichtlichen Prinzipalkontrolle. 83

§ 17. Exkurs: Das Rechtsschutzverfahren bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften. 90

§ 18. Die sachlichen Voraussetzungen der Antragsberechtigung. 103

§ 19. Die Beschränkung der Bundesgesetzgebung auf den Bundesbereich der ursprünglichen Prinzipalkontrolle. 108

b) Der Umfang der dem Bundesgesetzgeber verbliebenen Gestaltungsfreiheit. 116

§ 20. Die Kontrolle von untergesetzlichem Bundesrecht an untergrundgesetzlichem Maßstabsrecht und von früherem an späterem Bundesrecht. 116

§ 21. Die Ausgestaltung des Verfahrens der ursprünglichen Prinzipalkontrolle im einzelnen. 121

LITERATURVERZEICHNIS.

Zitierweise: Nachweise aus Sammelwerken und Periodika werden unter Angabe der Fundstelle gegeben, alle übrigen Werke werden mit dem unterstrichenen Wort ihres Titels nachgewiesen.

ACHTERBERG, Norbert: Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht. AöR 86/63 ff.

ANSCHÜTZ, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 14. Aufl., Berlin 1933.

- : Buchbesprechung in VerwArch. 30(1925)/342 ff.

- : Das System der rechtlichen Beziehungen zwischen Reich und Ländern. HdbDStR, Bd. 1 S. 295 ff.

ARNDT, Adolf: Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. DÖV 59/81 ff.

- : Vollstreckbarkeit verfassungswidriger Steuergesetze? BB 59/533 ff.

- : Strafgewalt der Finanzämter? NJW 59/605 ff.

- : Die Bindungswirkung des Grundgesetzes. BB 60/933 ff.

- : Das nicht erfüllte Grundgesetz. Tübingen 1960.

ARNDT, Claus: Zum Begriff der Partei im Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. AöR 87(1962)/197 ff.

BACHOF, Otto: Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung. Festschrift für Prof. Dr. W. Laforet. München 1952, S. 285 ff.

- : Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. 2. Aufl., München 1961, S. 287 ff.

- : Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. JZ 57/334 ff., 374 ff., 431 ff.

- : Grundgesetz und Richtermacht. Tübingen 1959.

- : Nachwort zu Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt. AöR 86(1961)/186 ff.

- : Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz. AöR 87(1962)/1 ff.

- und JESCH, Dietrich: Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland. JöR 6(1957)/47 ff.

BARBEY, Günther: Bundesrecht bricht Landesrecht. DÖV 60/566 ff.

BAUMBACH, Adolf und LAUTERBACH, Wolfgang: Zivilprozeßordnung. 27. Aufl., München und Berlin 1963.

BAUR, Fritz: Der Begriff der Rechtsprechung und die Freiwillige Gerichtsbarkeit. DNotZ 55/507 ff.

BERGMANN, Wolfgang: Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. VerwArch. 51(1960)/36 ff.

– : Entscheidungsanmerkung zum Vorlagebeschluß des OVG Bremen von 26. Juli 1960. DÖV 61/266.

BETTERMANN, Karl August: Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. Die Grundrechte. Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 523 ff.

– : Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die Grundrechte. Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 799 ff.

– : Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags, Rechtsschutz, Rechtskontrolle und Rechtsnatur. RdA 59/245 ff.

– : Über richterliche Normenkontrolle. ZZP 72(1959)/32 ff.

– : Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt. AöR 86(1961)/129 ff.

BIRN, Willi, SPRENG, Rudolf und FEUCHTE, Paul: Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg. Stuttgart und Köln 1954.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Berlin 1958.

BÖTTICHER, Eduard: Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960. Karlsruhe 1960, Bd. 1 S. 511 ff.

BÜHLER, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Leipzig und Stuttgart 1914.

– : Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? DJZ 21/582.

– : Altes und Neues über den Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. 2. Aufl., München 1961, S. 269 ff.

BÜLOW, Oskar: Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

BURCKHARDT, Walter: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 2. Aufl., Zürich 1944.

CAEMMERER, Ernst von: Wandlungen des Deliktsrechts. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960. Karlsruhe 1960, Bd. 2 S. 49 ff.

DÜRIG, Günter in MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz. 2. Aufl., München 1963.

DREHER, Eduard: Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit. NJW 51/367 ff.

DREWS, Bill und WACKE, Gerhard: Allgemeines Polizeirecht. 7. Aufl., Berlin, Köln, München und Bonn 1961.

EHMKE, Horst: Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung. AöR 79(1954)/385 ff.

EICHENBERGER, Kurt: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem. Bern 1960.

ENGELHARDT, Dieter: Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat. JöR 8(1959)/101 ff.

ENGISCH, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberg 1935.

ENNECCERUS, Ludwig und NIPPERDEY, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl., Tübingen 1960.

EYERMANN, Erich und FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichtsgesetz. 2. Aufl., München und Berlin 1954.

- : Verwaltungsgerichtsordnung. 3. Aufl., München und Berlin 1962.

FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl., Zürich 1939.

FORSTHOFF, Ernst: Über Maßnahme-Gesetze. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. 2. Aufl., München 1961, S. 221 ff.

- : Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 8.Aufl. München und Berlin 1961.

FREYTAGH-LORINGHOVEN, Axel Freiherr von: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit. München 1924.

FRIESENHAHN, Ernst: Zum Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Maschinenschriftliches Manuskript, Karlsruhe 1956.

FRIEDRICHS, Karl: Verwaltungsrechtspflege. Bd. 1, Berlin 1920.

GEERDS, Friedrich: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg 1961.

GEIGER, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Berlin und Frankfurt 1952.

GNEIST, Rudolf: Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland. 3. Aufl., fotomechanischer Neudruck Darmstadt 1958.

GOES, Paul: Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof. Ba-WüVBl. 58/182 ff.

GOESSL, Manfred: Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes. Berlin 1961.

GÖNNENWEIN, Otto: Das Normenprüfungsrecht der Verwaltungsbeamten und die Grenzen der Gehorsamspflicht. WürttZ 33/34 ff.

HAMANN, Andreas: Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen. NJW 59/1465 ff.

- : Das Grundgesetz. 2. Aufl., Neuwied und Berlin 1961.

HATSCHEK, Julius: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts. 7. und 8. Aufl., Leipzig 1931.

HENSEL, Albert: Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung. HdbDStR, Bd. 2 S. 313 ff.

HERZOG, Roman: Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle. BayVBl. 61/368.

- : Bundes- und Landesstaatsgewalt im demokratischen Bundesstaat. DÖV 62/81 ff.

HESSE, Konrad: Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956.

HIPPEL, Ernst von: Das richterliche Prüfungsrecht. HdbDStR, Bd. 2 S. 546 ff.

- : Ungeschriebenes Verfassungsrecht. VVDStRL 10/1 ff.

HOFFMANN, Gerhard: Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz. JZ 61/193 ff.

HOLDEGEL, Helmut: Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig? DÖV 54/209 ff.

HOLTKOTTEN, Hans in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg.

HUFNAGL, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin und München 1950.

IMBODEN, Max: Normenkontrolle und Verfassungsinterpretation. Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 133 ff.

JACOBI, Erwin: Die Rechtsverordnungen. HdbDStR, Bd. 2 S. 236 ff.

JELLINEK, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl., 7. Neudruck, Berlin und Aachen 1960.

JELLINEK, Walter: Revolution und Reichsverfassung. JöR (a.F.) 9(1920)/1 ff.

- : Verwaltungsrecht. 3. Aufl., Berlin 1931.

- : Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone. DRZ 48/272.

JESCH, Dietrich: Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte. Diss Erlangen 1956.

- : Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. AöR 82(1957)/163 ff.

- : Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961.

JESCHKE, Peter: Prüfungsrecht gegenüber verfassungswidrigen Reichsgesetzen. JW 22/81 ff.

KALKBRENNER, Helmut: Verfassungswidrige Rechtsverordnungen im gerichtlichen Verfahren. DVBl. 62/695 ff.

KATZENSTEIN, Dietrich: Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949. DÖV 58/593 ff.

KELSEN, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.

- : Über Staatsunrecht. Grünhut's Zeitschrift, Bd. 40, S. 1 ff.

- : Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. VVDStRL 5 (1929) 30 ff.

KERN, Eduard: Gerichtsverfassungsrecht. 3. Aufl., München und Berlin 1959.

- : Strafverfahrensrecht. 5. Aufl., München und Berlin 1959.

KISCH, Wilhelm: Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.

KLEINEBERG: Das richterliche Prüfungsrecht und die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze. LeipzZ 25/635 ff.

KLEINKNECHT, Theodor und MÜLLER, Hans: Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. 4. Aufl, Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf und Berlin 1958.

KLEINRAHM, Kurt: Das richterliche Prüfungsrecht bei Rechtsverordnungen. DVBl. 50/298 ff.

KLINGER, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung. Göttingen 1960.

KOEHLER, Alexander: Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht. Berlin und Frankfurt 1952.

- : Verwaltungsgerichtsordnung. Berlin und Frankfurt 1960.

KÖLBLE, Josef: Grundgesetz und Landesstaatsgewalt. DÖV 62/583 ff.

KRATZER, Jakob: Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig? DÖV 54/44 ff.

KRUSCH, Walter: Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses unter Berücksichtigung des Zwangsvergleichs im Konkurse. Beiträge zum Zivilprozeß, Heft 16. Mannheim 1933.

KRUSE, Hans: Implied Powers and Implied Limitations. AVR 4/169 ff.

KÜCHENHOFF, Erich: Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung. DVBl. 51/617 ff.

LABAND, Paul: Buchbesprechung in AöR 9(1894)/270 ff.

- : Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl., Tübingen 1911, Bd. 2.

LECHNER, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. München und Berlin 1954.

- : Die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 643 ff.

LEIBHOLZ, Gerhard: Der Status des Bundesverfassungsgerichts. JöR 6(1957)/109 ff.

- : Strukturprobleme der modernen Demokratie. Karlsruhe 1958.

LÖWISCH, Manfred: Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, insbesondere für private Rechtsverhältnisse. JZ 61/731 ff.

MANGOLDT, Hermann von: Das Bonner Grundgesetz. Berlin und Frankfurt 1

- und KLEIN, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz. 2. Aufl., Bd. 1, Berlin und Frankfurt 1957.

MASCHKE, Hermann: Die Rangordnung der Rechtsquellen. Basel 1932.

MASSON, Christof: Normenkontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof. BayVBl. 57/233 ff.

MAUNZ, Theodor: Deutsches Staatsrecht. 11. Aufl., München und Berlin 1962.

- :in MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz. 2. Aufl., München und Berlin 1963.

MEISS, Wilhelm: Zum Verhältnis zwischen Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß. ZZP 67(1954)/169 ff.

MENGER, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Tübingen 1954.

- : Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit. VerwArch. 52(1961)/305 ff.

MERKL, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien 1927.

MEYER, Georg: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 7. Aufl., München 1919, bearbeitet von Gerhard ANSCHÜTZ.

MORSTEIN MARX, Fritz: Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. Berlin-Grundewald 1927.

MÜLLER, Horst-Joachim: Verfassungswidrige Rechtsverordnungen im gerichtlichen Verfahren. DVBl. 62/158 ff.

NAWIASKY, Hans: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. DJZ 23/41.

- : Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. Einsiedeln und Zürich 1948.

- : Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Stuttgart und Köln 1950.

- : Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946. München 1948.

- und LECHNER, Hans: Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946. Ergänzungsband zum Handkommentar. München 1953.

PETERS, Hans, Lehrbuch der Verwaltung. Berlin, Göttingen und Heidelberg 1949.

POETSCH-HEFFTER, Fritz: Handkommentar zur Reichsverfassung. Berlin 1928.

POHLE, Rudolf: Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis. Festschrift für Lent. München und Berlin 1957, S. 195 ff.

- : Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Oktober 1960. JZ 61/376 f.

QUARITSCH, Helmut: Das parlamentslose Parlamentsgesetz. 2. Aufl., Hamburg 1961.

REDEKER, Konrad und v.OERTZEN, Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung. Münster 1960.

REICHEL, Hans: Prozessuale Behandlung höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte. ZZP 59(1935)/85 ff.

RICHTER, Lutz: Das subjektive öffentliche Recht. AöR 47(1925)/1 ff.

RUDOLF, Walter: Die Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes. AöR 88(1963)/159 ff.

RUMPF, Helmut: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. VVDStRL 14/136 ff.

RUPP, Hans Heinrich: Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme. AöR 85(1960)/149 ff., 301 ff.

RUPP, Hans Heinrich: Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. DVBl. 58/113 ff.

- : Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis. Tübinger Habilitationsschrift. Maschinenschrift, Tübingen 1963.

SCHÄFER, Hans: Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit. JZ 51/199 ff.

- : Zwischenbilanz der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG. NJW 54/1 ff.

- : Verfahrensfragen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG. NJW 54/409 ff.

SCHELCHER, Walter: Das Prüfungsrecht der Behörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen. FischZ 59(1926)/17 ff.

SCHERER, Giesela: Die Verfassungsbeschwerde in ihrer Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt. Maschinenschriftliche Dissertation, Freiburg 1959.

SCHEUNER, Ulrich: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik. DVBl. 52/613 ff.

SCHMIDT, Walter: Das Verhältnis von Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes. AöR 87(1962)/253 ff.

SCHMITT, Carl: Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung. Berlin und Leipzig 1926.

- : Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.

- : Der Hüter der Verfassung. Tübingen 1931.

SCHOEN, Xaver: Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß. DÖV 51/393 ff., 439 ff., 521 ff., 580 ff., 631 ff.

- : Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig? DÖV 54/46 f.

- : Die Normenkontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. 2. Aufl., München 1961. S. 407 ff.

SCHÖNKE, Adolf: Das Rechtsschutzbedürfnis. Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 17. Detmold, Frankfurt und Berlin 1950.

- : Zivilprozeßrecht. 7. Aufl., Karlsruhe 1951.

SCHUNCK, Egon und DE CLERCK, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung. Siegburg 1961.

SCHÜLE, Adolf: Der streitentscheidende Verwaltungsakt. In: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge. Stuttgart 1957. S.277ff.

SEIWERTH, Jakob: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen. Berlin 1962.

SIEBERT, Wolfgang: Zulässigkeit des Rechtswegs und richterliche Prüfungszuständigkeit. Stuttgart 1959.

SOMLO, Felix: Juristische Grundlehre. 2. Aufl., Leipzig 1927.

SPANNER, Hans: Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Wien 1951.

STIER-SOMLO, Fritz: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. Berlin 1924. Bd. 1.

SÜSTERHENN, Adolf und SCHÄFER, Hans: Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz. Koblenz 1950.

THEISEN, E.: Verfassung und Richter. AöR 47(1925)/257 ff.

THOMA, Richard: Grundbegriffe und Grundsätze. HdbDStR, Bd. 2 S. 108ff.

TRIEPEL, Heinrich: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Stuttgart und Berlin 1942.

TUREGG, Egon und KRAUS, Erwin: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 4. Aufl., Berlin 1962.

ULE, Carl Hermann: Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht. Berlin und Köln 1952.

- : Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 53/12 ff.

- : Revisibilität von Normenkontrollentscheidungen? AöR 82(1957)/123 ff.

- : Verwaltungsgerichtsbarkeit. 2. Aufl., Köln, Berlin, München und Bonn 1962.

VERDROSS, Alfred: Völkerrecht. 4. Aufl., Wien 1959.

VOIGT, Alfred: Ungeschriebenes Verfassungsrecht. VVDStRL 10/34 ff.

WASSERTRÜDINGER: Darf der Richter die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze nachprüfen? JW 25/44 f.

WEBER, Max: Rechtssoziologie. Neuwied 1960.

WEISMANN, Jakob: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Stuttgart 1903. Bd. 1.

WENZEL, Max: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. VVDStRL 4/136 ff.

WOLFF, Hans J.: Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., München und Berlin 1961.

ZEIDLER, Karl: Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Oktober 1959. DÖV 60/23 ff.

ZÖLLER, Richard: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 9. Aufl., München 1958.

ZUCK, Rüdiger: Normenkontrolle der Verwaltung? DÖV 62/657 ff.

ZULEEG, Manfred: Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes und der Länder im Recht der Enteignung und der Aufopferung. DVBl. 63/320 ff.

ZWEIGERT, Konrad: Die Verfassungsbeschwerde. JZ 52/321 ff.

ABKÜRZUNGEN

wurden nach KIRCHNER, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957, vorgenommen.

EINLEITUNG.

1. In der historischen Entwicklung des Systems der gerichtlichen Überprüfung hoheitlicher Akte stellt die Normenkontrolle nicht von ungefähr einen letzten, abschließenden Schritt dar. Damit sich die Vorstellung einer Rechtskontrolle von Legislativakten überhaupt bilden konnte, bedurfte es der Erfüllung bestimmter rechtspolitischer und dogmatischer Voraussetzungen.

Solange der Gesetzgeber als absolut galt [1] oder wenigstens noch vom Rufe eines unfehlbaren Legislators zehrte, war für eine Normenkontrolle kein Platz. In Deutschland setzt die Entwicklung daher nicht ohne Grund bei der Rechtsverordnungskontrolle ein [2], weil der Gesetzgebungsakt hier nur von einem Substituten des Gesetzgebers ausgeht. Der weitere Ausbau der Normenkontrolle in der Weimarer Republik geht Hand in Hand mit einem Anwachsen des Mißtrauens gegenüber dem Gesetzgeber [3], das unter der Etikette des "demokratischen Mißtrauens" zu einem gängigen staatsrechtlichen Phänomen wurde. Der Autoritätsverlust der Legislative führt gegenläufig zu einer Aufwertung der Rechtsprechung, die im GG einen Höhepunkt findet [4].

Der entwicklungsgeschichtliche Rückstand des Normkontrollrechts im Verhältnis zum übrigen Verfahrensrecht beruht indes nicht nur auf politischen Gründen [5]. Die paradoxe Vorstellung der Normwidrigkeit von Rechtsnormen ist allem Anschein nach nicht unter allen Umständen gleich vollziehbar [6]. Im Staatsrecht der Monarchie fand lediglich die unter dem Stichwort der Legitimität der Herrschaftsgewalt diskutierte Teilfrage der Rechtmäßigkeit der Staatsfundamentalnorm Beachtung. Die Kontrollierbarkeit der Rechtssetzung stellt offenbar eine Funktion ihrer Normiertheit dar [7], die wiederum von der Idee eines geschlossenen Stufenbaus des objektiven Rechts abhängt. Beides hat sich erst allmählich herausgebildet [8].

---

1 Wobei völlig gleichgültig ist, wer in concreto den Gesetzgeber darstellt und wovon dieser Gesetzgeber als "absolut" gilt.

2 Vgl. unten S. 48 ff.

3 Dazu schon HELLER, VVDStRL 4/122, KELSEN, VVDStRL 5/80, THOMA, HdbDStR II/143, vgl. ferner FORSTHOFF, Maßnahme-Gesetze, S. 222, HAMANN, NJW 59/1466, KÄGI, Rechtsstaat, S. 139 ff., LEIBHOLZ, Demokratie, S. 28 f.

4 Vgl. für alle BACHOF, Richtermacht, passim.

5 Über sie auch KELSEN, VVDStRL 5/33.

6 BETTERMANN, ZZP 72/37, KELSEN, VVDStRL 5/30 f.

7 BETTERMANN, aaO, IMBODEN, Normenkontrolle, S. 133, LEIBHOLZ, aaO, S. 28.

2. Der Rückstand des Normenkontrollrechts gegenüber der Entwicklung des Verfahrensrechts im übrigen scheint aufgeholt angesichts der vielen Möglichkeiten, nach denen heute auch objektives Recht in gerichtlichen Verfahren auf seine Normgemäßheit überprüft werden kann. Doch der Schein trügt.

Unter der Geltung der WRV waren die Möglichkeiten einer Normenkontrolle noch relativ beschränkt. Zwar hatte sich die unbeschränkte Inzidentkontrollbefugnis mehr und mehr, wenngleich nie unbestritten, durchgesetzt [1]. Jedoch war daneben lediglich in Art. 13 Abs. 2 WRV ein Verfahren vorgesehen, in dem ausschließlich und ausdrücklich über die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Vorschrift mit dem Reichsrecht befunden werden konnte. Dagegen hat das geltende Recht nicht nur die jetzt uneingeschränkte allgemeine Inzidentkontrolle beibehalten [2], sondern eine ganze Reihe bundes- und landesrechtlicher Verfahren eingerichtet, in denen nur Normenkontrolle ausgeübt wird, sodaß angesichts der Zahl der Normenkontrollmöglichkeiten auch hier die Frage nicht fern liegt, ob nicht des Guten zuviel getan wurde.

Die Formvielfalt darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Normenkontrollrecht noch immer in den Anfängen steckt. Gemeint ist hierbei nicht der aus den staatsrechtlichen Besonderheiten der Gesetzgebung zu verstehende Umstand, daß nur repressive, nicht aber auch präventive Normenkontrolle ausgeübt wird [3]. Vielmehr erweist sich der herrschende Begriff der Normenkontrolle bei genauerer Betrachtung aus historischen und hier nicht weiter zu verfolgenden Gründen als zu eng. Normenkontrolle ist für die h. M. nur die Gültigkeitsprüfung am Maßstab höherrangigen Rechts und nur darauf zugeschnitten, daß die vorrangige Vorschrift die nachrangige beseitigt. Zur Klärung von Gültigkeitszweifeln, die sich aus dem Verhältnis von früherem zu späterem gleichrangigem Recht oder aus der nur zeitweiligen Außerkraftsetzung von Rechtsvorschriften oder aus anderen Gründen, etwa wegen des Eintritts eines in der Vorschrift selbst als deren Erlöschensgrund vorgesehenen Umstands, besteht dabei keine Gelegenheit. Für eine derartige Einschränkung des

---

8 Über die Schwierigkeiten der Unterwerfung des Normgebers unter eine Rechtskontrolle, vor allem im Zusammenhang mit dem demokratischen Prinzip vgl. BETTERMANN, ZZP 72/39.

1 Vgl. unten S. 48 f. 2 Vgl. unten S. 51 ff.

3 Eine Ausnahme davon bildet wohl Art. 75 Abs. 3 BayVerf. Rechtliche Möglichkeiten einer Einflußnahme auf den Gesetzgebungsvorgang bieten sich sonst nur über die verfassungsgerichtlichen Organstreitigkeiten.

Begriffs der Normenkontrolle besteht kein zwingender Grund. Hinzu kommt, daß die vorhandenen Normenkontrollverfahren in augenfälliger Weise wenig durchnormiert sind, was für sich allein bereits Anlaß zu zahlreichen Streitfragen gibt. Aber nicht nur die Durchführung der Normenkontrolle, sondern auch die rechtswissenschaftliche Durchdringung des Normenkontrollrechts hat den Standard der Dogmatik des übrigen Verfahrensrechts noch nicht erreicht. Insbesondere fehlt eine zusammenfassende systematische Darstellung dieser Materie.

3. Die vorliegende Arbeit will zur Dogmatik des Normenkontrollrechts beitragen. Ein Bedürfnis nach dogmatischer Erschließung dieses Gebiets ist schon deswegen unabweisbar, weil wegen der dürftigen, ja stellenweise unzulänglichen positiv-gesetzlichen Regelung der Normenkontrollverfahren befriedigende Antworten auf zahlreiche, immer wiederkehrende Zweifelsfragen nur von der Dogmatik gegeben werden können.

Die Untersuchung setzt an bei dem Umstand, daß auf dem Gebiet der Normenkontrolle sowohl der Bund als auch die Länder gesetzgebend tätig werden, eine ausdrückliche Verleihung der Gesetzgebungsbefugnis an den Bund oder die Länder insoweit jedoch fehlt. Daraus hat sich eine Reihe bedeutsamer Streitfragen ergeben, von deren Beantwortung Rückwirkungen auf das Verständnis der Normenkontrolle überhaupt zu erwarten sein dürften.

In einem ersten Teil werden Grundfragen des Normenkontrollrechts erörtert, soweit sie für Inhalt und Umfang der Gesetzgebungsbefugnis von Bedeutung erscheinen. Im rechtstheoretischen Abschnitt wird dabei vor allem die Frage ausgeklammert, zu welcher materiellen Staatsfunktion die Normenkontrolle zu rechnen ist. Der Streit darüber, ob die Normenkontrolle zur Rechtsprechung oder zur Gesetzgebung gehört, ist bekannt. Ein Eingehen aber auf die mit allen Unsicherheiten der Lehre von den materiellen Staatsfunktionen belasteten Auseinandersetzung würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen und ist auch, wie sich zeigen wird, zur Bewältigung der gestellten Aufgabe nicht erforderlich [1]. Im verfassungsrechtlichen Abschnitt der Grundlagen wird versucht, aus dem im GG niedergelegten Prinzip der föderativen Aufgabenverteilung den Grundsatz zu entwickeln, nach dem die Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiet

1 Auf die mit diesem Streit verbundenen Probleme wird lediglich zur Abrundung der Darstellung in anderem Zusammenhang unten in § 19 kurz und gleichsam unter dem Strich eingegangen.

der Normenkontrolle zwischen Bund und Länder verteilt sind. Vom Nachweis eines solchen Grundsatzes hängt die herrschende Gesetzgebungspraxis offenbar ab. Im zweiten Teil wird die grundgesetzliche Zuständigkeitsordnung der Normenkontrollgesetzgebung im einzelnen untersucht. Hierbei erweist sich nicht nur die Konkurrenz von Bund und Ländern als Problem. Das GG hat nämlich selbst bestimmte Normenkontrollverfahren [1] und -fragen selbst geregelt und dadurch auch der Bundesgesetzgebung Grenzen gezogen, über deren Verlauf nicht immer Eindeutigkeit herrscht. Den damit zusammenhängenden Fragen muß ebenfalls nachgegangen werden. In ihrem weiteren Aufbau folgt die Untersuchung dabei dem durch den Dualismus von inzidenter und prinzipaler Normenkontrolle vorgegebenen Weg.

4. Die Arbeit ist beschränkt auf die repressive Normenkontrolle. Ob und in welchem Umfange der Gesetzgeber befugt ist, auch eine präventive Normenkontrolle einzuführen, wird nicht erörtert. Unberücksichtigt bleibt auch die Frage nach der Befugnis zur Normierung der Überprüfung von nationalem Recht auf seine Übereinstimmung mit überstaatlichem [2] oder Völkerrecht. Die besondere Problematik einer solchen Normenkontrolle rechtfertigt eine gesonderte Behandlung.

5. Eine Kritik des geltenden Normenkontrollrechts will diese Arbeit nicht geben. Ob der Dualismus von inzidenter und prinzipaler Normenkontrolle und die Aufspaltung des Normenkontrollrechts in verschiedene bundes- und landesrechtliche Einzelverfahren praktikabel sind, darüber läßt sich streiten, ebenso wie darüber, welcher Normenkontrollart, der inzidenten oder der prinzipalen, überhaupt oder unter diesen oder jenen Voraussetzungen der Vorzug gebührt. Gegenstand der Untersuchung ist ausschließlich, welche Folgen sich de lege lata aus der Ordnung des Rechts der repressiven Normenkontrolle durch das GG für die Gesetzgebungsbefugnis ergeben.

6. Die Arbeit wurde im Mai 1963 abgeschlossen. Spätere einschlägige Veröffentlichungen konnten nur noch in wenigen Ausnahmefällen berücksichtigt werden. Dagegen ist das Gesetz zur Änderung des BVerfGG vom 3. August 1963 (BGBl. I S. 589) noch eingearbeitet worden.

---

1 Vgl. etwa Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 und 2, 126 GG.

2 Zum Problem des "vertragswidrigen" innerstaatlichen Rechts vgl. SCHRÖCKER, DVBl. 58/369 ff., 410 ff.

1. Teil.
GRUNDLAGEN.

1. Abschnitt.
THEORETISCHE GRUNDLAGEN - NORMPRÜFUNG UND NORMFEHLER.

1. Unterabschnitt.
NORMZWEIFEL UND IHRE BEHEBUNG.

§ 1.
ARTEN DER NORMZWEIFEL UND MÖGLICHKEITEN DER NORMPRÜFUNG.

Eine Rechtsvorschrift kann in verschiedener Hinsicht zweifelhaft sein: es kann ein Zweifel ihre Gültigkeit oder ihren Inhalt oder ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtskreis betreffen. Dementsprechend lassen sich bei der Überprüfung von Rechtsvorschriften je nach deren Richtung Normenkontrolle, Norminterpretation [1] und Normqualifikation [2] unterscheiden. Abweichend vom üblichen Sprachgebrauch wird nachfolgend unter Normen<u>kontrolle</u> nur die Gültigkeitsprüfung verstanden, während die sonst dazu gleichwertig verwendete Bezeichnung "Normen<u>prüfung</u>" in der Terminologie dieser Untersuchung dem alle Prüfungsrichtungen umfassenden Oberbegriff vorbehalten bleibt.

1. Die Normprüfung ist verschieden nicht nur nach der Art des durch sie zu behebenden Normzweifels, sondern auch nach der Art ihrer Durchführung. Die Möglichkeiten, hier Unterscheidungen zu treffen, sind ebenso vielfältig, wie der dabei verwendete Sprachgebrauch uneinheitlich ist [3]. Im Anschluß an BETTERMANN [4] soll wegen ihrer systematischen Tauglichkeit einer Unterscheidung der Vorzug gegeben werden, die einerseits auf die Stellung und Bedeutung der Normprüfung in dem Verfahren, in dem sie jeweils ausgeübt wird, abhebt und die andererseits auf den Anlaß abstellt, der im Einzelfall zur Überprüfung führt. Es ergeben sich dabei die Begriffspaare prinzipale - inzidente und abstrakte - konkrete Normprüfung.

Bei der prinzipalen [5] Normprüfung erfolgt die Überprüfung, weil eine Entscheidung gerade über den Normzweifel gefordert ist. Dagegen wird

---

1 GOESSEL, Organstreitigkeiten, S. 33 f.
2 GOESSEL, aaO, S. 34.
3 ULE, AöR 82/129 Anm. 2.
4 ZZP 72/34 f. und Grundrechte III/901.
5 So bereits ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 4 zu Art. 13.

bei der inzidenten Normprüfung die Prüfung nur deshalb vorgenommen, weil die Entscheidung einer bestimmten Rechtsfrage von einer zweifelhaften Rechtsvorschrift abhängt und ohne die vorherige Beseitigung des Normzweifels nicht gefällt werden kann. Der Unterschied ist offensichtlich: Hier ist die Normprüfung lediglich Vorfragenprüfung, deren Ergebnis zwar die Entscheidung, im Hinblick auf die sie erfolgt, inhaltlich beeinflußt, aber nicht eigentlicher Entscheidungsgegenstand wird. Dort ist die Normprüfung dagegen hauptsächlicher Verfahrensgegenstand und die Entscheidung über den Normzweifel folglich ausschließlicher Entscheidungsinhalt [1].

Die andere Unterscheidung beruht auf dem unmittelbaren Anlaß, der zur Normprüfung führt. Konkret in ihrem Sinne ist die Normprüfung, wenn sie durch einen bestimmten, "konkreten" Fall der Rechtsanwendung ausgelöst wird deswegen, weil die Entscheidung dieses Falles von der vorgreiflichen Entscheidung des Normzweifels abhängt. Abstrakt [2] ist sie dagegen, wenn ein derartiger Zusammenhang mit einem Einzelfall der Normanwendung nicht besteht und das zur Normprüfung berufene Organ unabhängig von einem Anwendungsfall der zweifelhaften Vorschrift entscheidet. Die abstrakte Normprüfung ist Selbstzweck, die konkrete Mittel zum Zweck [3].

2. Von den skizzierten Unterscheidungen ist die zwischen prinzipaler und inzidenter Normprüfung die wichtigere. Denn entscheidend ist vor allem wie, nicht warum geprüft wird. Die Begriffspaare prinzipal - inzident und abstrakt - konkret decken sich zum Teil, ohne freilich miteinander identisch zu sein [4]. Die abstrakte Prüfung ist notwendig eine prinzipale [5], die konkrete aber nur im Regelfall eine inzidente. Bei ihr kann ein Element prinzipaler Prüfung hinzukommen, wenn neben der eigentlich zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage auch die dafür

---

1 Dazu vor allem BETTERMANN, ZZP 72/34 und Grundrechte III/901.

2 MENGER, System, S. 86 verwirft die Bezeichnung "abstrakt" als sprachlich verunglückt. Die von ihm ersatzweise dafür vorgeschlagene "selbständige" Normprüfung ist freilich ebensowenig anschaulich und daher nicht besser. Im übrigen vgl. zum Umgang mit eingebürgerten Fachausdrücken die weise Bemerkung von W.JELLINEK, Prüfungsrecht, S. 269.

3 BETTERMANN, ZZP 72/35. 4 BETTERMANN, aaO.

5 BETTERMANN, aaO. Die prinzipale Normprüfung wird in der Regel als abstrakte Normprüfung bezeichnet, vor allem was die prinzipale Normenkontrolle angeht. Dieser Wortgebrauch mag ungenau sein, falsch ist er nicht.

nur einschlußweise erhebliche Vorfrage der Klärung des Normzweifels ausdrücklich mitentschieden werden kann oder muß. Entgegen BETTERMANN [1] scheint das geltende Recht in § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG eine derartige Verbindung von inzidenter mit prinzipaler Normenkontrolle zu kennen.

Neben dieser simultanen ist auch eine kumulative Verbindung beider Kontrollarten möglich. Sie entsteht, wenn bei sonst allgemeiner Inzidentprüfungsbefugnis die verbindliche Entscheidung über gewisse Normzweifel nur von einem bestimmten Organ getroffen werden kann, mit andern Worten: wenn eine an sich in der allgemeinen Inzidentprüfungsbefugnis enthaltene Entscheidungsbefugnis bei einer bestimmten Stelle monopolisiert wird. Hier führt im konkreten Prüfungsfall die zunächst konkret-inzidente Normprüfung zu einem abstrakt-prinzipalen Normprüfungsverfahren. Eine derartige Regelung ist im geltenden Normenkontrollrecht durch Art. 100 Abs. 1 GG und die dieser Vorschrift entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen erfolgt [2].

---

1 ZZP 72/35.

2 Art. 92 BayVerf., Art. 142 BremVerf., Art. 64 Abs. 2 HambVerf., Art. 133 HessVerf., Art. 130 Abs. 3 Rh-PfVerf., ferner auf Art. 100 Abs. 1 GG Bezug nehmend: Art. 68 Abs. 1 Nr. 2 Ba-WüVerf., Art. 43 Abs. 1 Nr. 3 NdsVerf., sowie § 13 Nr. 7 NRWVerfGHG und § 7 Nr. 7 SaarlVerfGHG. Vgl. auch die der Normqualifikation dienende Regelung des Art. 100 Abs. 2 GG. Zum ganzen ausführlich unten S. 45 ff.

Da diese Verfahren durch Richterantrag eingeleitet werden, werden sie auch als "Richterklagen" (vgl. etwa MAUNZ, Staatsrecht, S. 229) bezeichnet. Der Ausdruck ist nicht korrekt, weil der vom Richter gestellte Verfahrensantrag keine Klage im technischen Sinne darstellt. - Das aufgrund Richterantrags eingeleitete verfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren wird häufig als "konkrete Normenkontrolle" bezeichnet. Auch diese Bezeichnung ist nicht zutreffend, weil hier in einem selbständigen Zwischenverfahren (LECHNER, Grundrechte, III/660, SIEBERT, Prüfungszuständigkeit, S. 46) prinzipaliter und daher abstrakt über die Normgültigkeit entschieden wird. Wie hier MAUNZ, aaO, S. 239 f., HAMANN, GG, Anm. A 2 zu Art. 100 (jedoch abweichend in Anm. B 2 zu Art. 93).

§ 2.

PRINZIPALE UND INZIDENTE NORMPRÜFUNG.

Der maßgebliche Unterschied zwischen prinzipaler und inzidenter Normprüfung liegt in der verfahrensmäßigen Behandlung des Normzweifels, vor allem in dem Umstand, daß nur bei der prinzipalen Prüfung eine ausdrückliche Entscheidung über den Normzweifel erfolgen kann. Hierbei handelt es sich nicht um bloß äußerliche, rein formale Eigenheiten der Organisation der Normprüfung; vielmehr kommt diesen zunächst als Äußerlichkeiten erscheinenden Momenten erhebliche sachliche Bedeutung zu [1].

1. Vornehmstes Kennzeichen der prinzipalen Normprüfung ist die ausdrückliche und ausschließliche Entscheidung über den Normzweifel [2]. Diese wiederum ist wesentlich bestimmt durch ihre notwendig allgemeinverbindliche Wirkung [3]. Denn eine Rechtsnorm kann nur allgemein gelten oder allgemein unwirksam sein [4], kann nur für alle den gleichen Inhalt haben [5] und nur für alle dem oder jenem Rechtskreis angehören. Die allgemeinverbindliche Wirkung der prinzipalen Normentscheidung wird zwar nicht von allen anerkannt. Vor allem wird bei der prinzipalen Kontrollentscheidung zum Teil eine Wirkung inter omnes nur für die die Normgültigkeit verneinende Entscheidung angenommen [6], soweit nicht, wie es überwiegend der Fall ist, die Allgemeinverbindlichkeit ausdrücklich von

---

1 BETTERMANN, ZZP 72/35, ENGELHARDT, JöR 8/108.

2 BETTERMANN, ZZP 72/34 und Grundrechte III/901.

3 So vor allem BETTERMANN, ZZP 72/35 f. und AöR 86/156; ebenso GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 45.

4 Eine relative Unwirksamkeit von Rechtsvorschriften gibt es nicht (so richtig BETTERMANN, AöR 86/156, 160 gegen DÜRIG, GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 IV, dazu auch GOESSL, aaO), anders dagegen ist es mit der teilweisen Unwirksamkeit (vgl. BACHOF, AöR 86/191). Die Allgemeinverbindlichkeit der prinzipalen Normentscheidung ist freilich beschränkt auf den Bereich, in dem die Norm überhaupt Geltung beanspruchen kann.

5 GOESSL, aaO, S. 45.

6 Vgl. dazu die am Problem der fehlerhaften gültigkeitsbejahenden Normentscheidung orientierte Kontroverse zwischen IMBODEN, Normenkontrolle, S. 147 ff. und BETTERMANN, AöR 86/161, insbes. Anm. 53 a. Die Frage ist wahrscheinlich wesentlich komplizierter, als BETTERMANN, aaO, sie sieht; zwischen der fehlerhaften Entscheidung eines Einzelfalles und der fehlerhaften Entscheidung über die Gültigkeit einer Norm, an der Einzelfälle zu beurteilen sind, scheint doch ein qualitativer Unterschied zu bestehen. Die Frage braucht hier freilich nicht entschieden zu werden.
Möglich wäre es freilich, bei nachträglicher Prinzipalkontrolle (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG) die Wirkung der prinzipalen Normentscheidung auf das Ausgangsverfahren zu beschränken. Im Ergebnis handelt es sich dann nur noch um eine modifizierte Inzidentkontrolle.

gesetzeswegen vorgesehen [1] ist. Aber selbst wenn man die allgemeinverbindliche Wirkung der prinzipalen Normentscheidung nur beschränkt oder nur aufgrund positiv-gesetzlicher Anordnung anerkennt [2], so bleibt doch zu berücksichtigen, daß nur die explizite prinzipale Normentscheidung Voraussetzung dieser wie jeder anderen Entscheidungswirkung sein kann.

Die Allgemeinverbindlichkeit der Prinzipalentscheidung erfordert die Konzentrierung und Monopolisierung der Prinzipalprüfungsbefugnis bei einer einzigen Stelle [3]. Nur dadurch können einander widersprechende und gerade wegen ihrer Allgemeinverbindlichkeit für das Rechtsleben besonders unerträgliche Entscheidungen vermieden werden. Konzentrierung und Monopolisierung fördern mit der Einheitlichkeit der Rechtsprechung insbesondere auch deren Ansehen.

2. Dagegen kann bei der Inzidentprüfung eine ausdrückliche Entscheidung über den Normzweifel nicht erfolgen. Sie erfolgt daher in erster Linie zur Förderung eines Verfahrens, dessen eigentlicher Gegenstand nicht die Normprüfung ist. Als Vorfragenprüfung ist sie bloße Hilfstätigkeit und deswegen in ihren unmittelbaren Wirkungen jedenfalls auf das Verfahren beschränkt, in dem sie jeweils stattfindet [4], wie sie auch dem jeweiligen Verfahrenszweck untergeordnet bleibt [5]. Wegen der auf den Einzelfall beschränkten Wirkung ist eine Konzentrierung der Inzidentkontrollbefugnis nicht notwendig und im geltenden Recht [6] auch nicht vorgesehen.

Die Inzidentprüfung greift, was vor allem für die Inzidentkontrolle von Bedeutung ist, den formellen Bestand der überprüften Norm nicht an [7]. Das Prüfungsergebnis dokumentiert sich lediglich in der Anwendung oder der Nichtanwendung oder einer bestimmten Anwendung der Vorschrift [8]. Es findet also nur eine mittelbare Überprüfung des objektiven Rechts

---

1 Nachweise bei BETTERMANN, ZZP 72/36 Anm. 3. Eine Ausnahme bildet nur § 47 VwGO, der Streit hat in praxi nur für ihn Bedeutung.

2 Zu § 47 VwGO kritisch BETTERMANN, AöR 86/161 und GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 46.

3 BETTERMANN, ZZP 72/40 und AöR 86/162 f., KALKBRENNER, DVBl. 62/700; es ist mithin nicht so, daß die Allgemeinverbindlichkeit eine Funktion der Konzentrierung darstellt, sondern umgekehrt (a. A. wohl ENGELHARDT, JöR 8/108).

4 BETTERMANN, ZZP 72/40 und Grundrechte III/901, ENGELHARDT, JöR 8/113 f., JESCH, Bindung, S. 121, KELSEN, VVDStRL 5/48.

5 Nur soweit der jeweilige Verfahrenszweck dem Rechtsschutz dient, ist es angebracht, mit IPSEN, zit. bei HOLTKOTTEN, GG, Anm. II A 2 a die Inzidentkontrolle als Rechtsschutzinstrument aufzufassen.

6 Anders etwa in Österreich, dazu ENGELHARDT, JöR 8/132.

statt [1]. Die äußere Mehrdeutigkeit der überprüften Vorschrift bleibt bestehen und mit ihr die Ursache des Normzweifels. Die Auswirkung des Prüfungsergebnisses über den konkreten Fall hinaus ist der Autorität und der Überzeugungskraft des entscheidenden Gerichts überlassen. Das Prüfungsergebnis selbst kann mit jedem neuen Erkenntnisakt desselben oder jedes anderen Organs ohne weiteres, insbesondere ohne weiteren Formalakt umgestoßen werden. Mit der ausdrücklichen Normentscheidung fehlt das Substrat für eine Bindung an das Ergebnis der Normprüfung [2]. Die Inzidententscheidung vermag daher auch keine eindeutige und vor allem auch definitive Klärung der Rechtslage zu schaffen. Für unsere Rechtsordnung ergibt sich aus ihr zudem ein erhebliches Unsicherheitsmoment in der Gefahr sich widersprechender Inzidententscheidungen. Diese ist freilich nur die Folge des außerhalb der allgemeinen und diffusen [3] Inzidentkontrolle liegenden Umstands mehrerer unabhängig nebeneinander und nicht koordinierter Rechtsprechungszweige [4]. Diese Gefahr [5] besteht dagegen nicht, wo, wie etwa im nordamerikanischen Recht, strenge Justizeinheit herrscht. In diesem Falle folgt die einschlußweise Normprüfung ebenso wie die Behandlung jeder anderen Rechtsfrage der im Instanzenzug liegenden Konzentrierung, sodaß letztlich doch nur eine einzige Instanz über den Normzweifel entscheidet [6].

3. Wegen der Eindeutigkeit der ausdrücklichen und endgültigen Prinzipalentscheidung erscheint die Prinzipalprüfung geeigneter zur Behebung von Normzweifeln als die Inzidentprüfung. Auch dürften ihre verfahrenstechnischen Vorzüge überwiegen. Zweifel am objektiven Recht werden

---

7 ENGELHARDT, JöR 8/132.

8 ENGELHARDT, aaO, C.SCHMITT, Hüter, S. 15 f.

1 ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 4 zu Art. 13, BETTERMANN, Grundrechte III/898.

2 Mag auch im Einzelfall nicht ohne zwingenden Grund von der einmal eingenommenen Auffassung abgegangen werden.

3 Ausdruck von C.SCHMITT, aaO, S. 18.

4 Zur Koordinierung vgl. den noch nicht realisierten Art. 95 GG.

5 Dazu etwa BACHOF, AöR 87/27 f., ANSCHÜTZ, aaO, Anm. 5 zu Art. 70, KELSEN, VVDStRL 5/48. Ihre Abhängigkeit von der Struktur der Rechtsprechung wird freilich nicht immer deutlich; klar dagegen IMBODEN, Normenkontrolle, S. 146 f.

6 Zur Inzidentkontrolle im nordamerikanischen Recht vgl. ENGELHARDT, JöR 8/109, der auch für die Inzidentkontrolle eine allgemeine Tendenz zur Konzentrierung feststellen zu können glaubt.

Hervorhebung verdient noch der Umstand, daß bei der Inzidentinterpretation der Gesetzgeber die aus der Aufspaltung der Gerichtsbarkeit resultierende Gefahr abweichender Inzidententscheidungen unbeschränkt inkauf nimmt.

rasch geklärt werden, weil ein langer und langwieriger Instanzenzug nicht durchlaufen zu werden braucht [1]; die abschließende Klärung in einem einzigen Verfahren kommt der Verfahrensökonomie zugute [2]. Für die gerichtliche Prinzipalkontrolle kommt ein Umstand hinzu, der in besonderer Weise die Rechtsklärung fördert. Nach einhelliger Meinung [3] gilt nämlich, ohne daß dies ausdrücklich festgelegt wäre, mit der die Normgültigkeit verneinenden Entscheidung die überprüfte Vorschrift auch formell derart beseitigt, als hätte sie der Normgeber selbst aufgehoben. Diese keineswegs schon aus dem Wesen der Normenkontrolle folgende Annahme bewirkt die Unwiderruflichkeit der gültigkeitsverneinenden Normentscheidung. Die Frage einer späteren Korrektur dieser Entscheidung [4] kann sich hier nicht mehr stellen; es bleibt lediglich zu erwägen, ob die erneute Setzung einer Vorschrift gleichen Inhalts zulässig ist [5]. Die Prinzipalprüfung bietet aber auch rechtspolitische Vorteile. Die regelmäßige Konzentrierung bei einem höchsten oder höheren Gericht verleiht der Entscheidung Gewicht. Eine der Bedeutung der Normprüfung angemessene Besetzung des Gerichts dürfte eher gewährleistet sein. Zu derartigen organisatorischen und personellen Kautelen kommt die Entlastung der Untergerichte von der politischen Verantwortung, die in jeder Normprüfung, vor allem aber in der Normenkontrolle liegt [6]. Indes brauchen die Vor- und Nachteile beider Prüfungsarten [7] hier nicht abschließend gegeneinander abgewogen zu werden, da sie im Zusammenhang dieser Untersuchung unerheblich sind.

---

1 ENGELHARDT, JöR 8/108.

2 ENGELHARDT, aaO; zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle insbesondere vgl. BERGMANN, VerwArch. 51/40, GOES, BaWüVBl. 58/182, KLINGER, VwGO, Anm. A zu § 47, BayVGH (n.F.) 12/64.

3 ENGELHARDT, aaO, m. Nachw., EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 51 zu § 47 FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 12, BayVGH, BayVBl. 59/57; zum Zusammenhang mit dem Publikationserfordernis der Normentscheidung BETTERMANN in ZZP 72/36.

4 Vgl. dazu oben S. 8 Anm. 6.

5 Auf das Problem der Bindung pro futuro, verfahrenstechnisch: des Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraft, brauchthier nicht eingegangen zu werden.

6 ENGELHARDT, aaO.

7 ENGELHARDT, aaO, m. Nachw.

§ 3.

RECHTSBEANSTANDUNGS- UND RECHTSSCHUTZVERFAHREN.

Die technischen, verfahrensmäßigen Garantien des Rechts lassen sich in zwei Kategorien unterscheiden: in Verfahren, die das objektive Recht gewährleisten und in Verfahren, die den subjektiven Rechtskreis sichern [1]. Erstere bezeichnen wir im Anschluß an gewisse Verfahrensarten des preußischen Verwaltungsprozeßrechts [2] als Beanstandungsverfahren, letztere in Übereinstimmung mit dem herrschenden Sprachgebrauch als Rechtsschutzverfahren. Obwohl es sich bei beiden um längst erkannte Verfahrenstypen handelt, spielt ihre Unterscheidung in der gegenwärtigen Prozeßrechtslehre kaum eine Rolle, was vor allem auf der Überbetonung der Rechtsschutzaufgabe des Verfahrensrechts beruhen dürfte. Diese Untersuchung geht vom fundamentalen, das ganze Prozeßrecht beherrschenden Unterschied beider Verfahrensarten aus. Es ist hier nicht der Ort, eine umfassende Lehre von Beanstandung und Rechtsschutz zu entwickeln. Für die Zwecke dieser Arbeit mag zur Begründung der eigenen Ansicht folgendes genügen:

1. Beide Verfahrensarten gleichen sich in dem durch Gerichte ausgeübten Schutz des Rechts [3]. Wenig ergiebig ist die Unterscheidung auch im Hinblick auf das Ergebnis der gerichtlichen Schutztätigkeit. Da alle subjektiven Rechte im objektiven Recht ihren Ursprung finden [4], bedeutet ihr Schutz notwendig auch die Durchsetzung des objektiven Rechts, wie umgekehrt die Rechtsbeanstandung auch den Schutz subjektiver Rechte bewirkt. Beanstandung und Rechtsschutz sind daher im Hinblick auf das materielle Resultat der Schutztätigkeit nicht immer zu trennen [5]. Gleichwohl ist ihre Unterscheidung nicht nur theoretisch sinnvoll, sondern auch praktisch notwendig, weil Beanstandung und Rechtsschutz so-

---

1 So schon G.JELLINEK, Staatslehre, S. 791; zum Begriff der Rechtsgarantien vgl. KELSEN, VVDStRL 5/32 ff., 43 ff.

2 Es handelt sich vorwiegend um Kommunalaufsichtsverfahren; vgl. dazu FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege, S. 284 f., HATSCHEK, Lehrbuch, S. 375, ferner §§ 22 Rh-PfVGG und 40 a HessVGG und die jeweilige Kommentierung von SCHUNCK-DE CLERCK, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. 4 a zu § 22 und EYERMANN-FRÖHLER, VGG, Anm. II 2 zu § 40 a.

3 Vgl. MENGER, Grundrechte, III/799.

4 Für alle ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, S. 428 ff., H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 216.

5 G.JELLINEK, aaO, POHLE, Rechtsschutzbedürfnis, S. 197, MENGER, aaO, NIKISCH, Streitgegenstand, S. 2

wohl im Gegenstand des Verfahrens als auch in der Art der Wahrung des subjektiven oder objektiven Rechts wesentlich voneinander abweichen. Gegenstand des Rechtsschutzverfahrens, gemeint freilich nicht in der technischen Bedeutung des Streitgegenstandes, ist die konkrete Berechtigung. Denn im Rechtsschutzverfahren werden konkrete Rechtspositionen verteidigt und subjektive Berechtigungen geltend gemacht. Dagegen ist Gegenstand der Rechtsbeanstandung ausschließlich objektives Recht. In Rechtsschutzverfahren wird objektives Recht daher nur mittelbar überprüft [1] und umgekehrt in Beanstandungsverfahren nur mittelbar über subjektive Rechte befunden. Bei der Behandlung von Normzweifeln verhalten sich beide Verfahrensarten mithin wie inzidente und prinzipale Normprüfung. Das Beanstandungsverfahren ist stets ein prinzipales Prüfungsverfahren, und nur in ihm kann eine ausdrückliche Entscheidung über Zweifel am objektiven Recht getroffen werden.

2. Der Begriff des subjektiven Rechts im Sinne der Unterscheidung Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren ist offensichtlich nicht auf die spezifische Bedeutung beschränkt, die die Zivilrechtsdogmatik [2] unter dieser Bezeichnung entwickelt und die auch das öffentliche Recht zur Kennzeichnung einer bestimmten berechtigenden Rechtsstellung des Bürgers übernommen hat [3]. Subjektives, im Rechtsschutzverfahren geltend zu machendes Recht ist vielmehr jede vom objektiven Recht verliehene Rechtsmacht [4], ist jede Befugnis oder Kompetenz, die von der Rechtsordnung einem Zuordnungssubjekt verliehen ist [5]. Auf das Problem der subjektiven Rechte kann und braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Es mag der Hinweis genügen, daß unabhängig von bestimmten methodischen Ausgangspunkten [6] angenommen wird, daß auch den staatlichen Organen in ihren Kompetenzen subjektive Rechte zustehen [7]. Mit der sog. allgemeinen Rechtsfähigkeit der Person im Rechtssinne hat diese Frage nichts zu tun. Rechtsfähig, und daher auch parteifähig, ist im Umfang seiner Berechtigungen und Verpflichtungen, wem das objektive Recht

---

1 Zu dieser unvermeidlichen Sekundärfunktion aller Rechtsschutzverfahren MENGER, Grundrechte, III/730, m. Nachw.

2 Für alle ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, S. 428 m. Nachw.

3 Für alle H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 170 ff.

4 BÜHLER, Begriff, S. 274.

5 H.J.WOLFF, aa0, S. 148 ff.

6 Vgl. etwa KELSEN, Hauptprobleme, S. 664 ff. einerseits und TRIEPEL, Delegation, S. 89 f. andererseits.

7 GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 56, m. Nachw.

Rechte und Pflichten zuordnet [1]. Mag dogmatisch zwischen subjektivem Recht im technischen Sinne und Kompetenz ein qualitativer Unterschied bestehen oder nicht [2], ihrer prozessualen Geltendmachung nach sind beide jedenfalls gleichwertig [3].

3. Die Einsicht in die grundsätzliche Gleichartigkeit der verfahrensrechtlichen Durchsetzung konkreter Berechtigungen wird dadurch erschwert, daß die Prozeßrechtslehre zwischen Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren nicht sauber unterscheidet. Das hat, wie schon erwähnt, seine Ursache darin, daß sich das einseitige und überbetonte Rechtsschutzdenken insoweit nivellierend auswirkt, aber wohl auch in dem Umstand, daß sich Beanstandungsgesichtspunkte in Rechtsschutzverfahren und umgekehrt finden [4]. Die herrschende Systemlosigkeit zeigt sich deutlich an folgenden Beispielen:

a) Das typische Rechtsschutzverfahren der Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG wird als Beanstandungsverfahren ausgegeben, obwohl es unmittelbar nur den Einzelrechtsschutz verfolgt und die in ihm ergehende Entscheidung objektives Recht regelmäßig nur mittelbar betrifft [5]. Lediglich bei den Entscheidungen nach § 95 Abs. 3 BVerfGG [6] kann auch von einer Rechtsbeanstandung die Rede sein. § 95 Abs. 3 BVerfGG widerspricht aber, wie noch zu zeigen sein wird [7], dem GG insoweit, als nach ihm ein Rechtsschutzverfahren in einer allgemeinverbindlichen und deshalb der Rechtsbeanstandung vorbehaltenen Normentscheidung endet. Vorwiegend rechtspolitische Klischeevorstellungen von der Bedeutung und Autorität der Verfassungsgerichtsbarkeit [8] scheinen

1 Die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist nicht Folge der Rechtsfähigkeit, vielmehr ist rechtsfähig, wem nach objektivem Recht Rechte und Pflichten zustehen.

2 Die BVerfGE 2/152 spricht von einer "Subjektivierung der verfassungsrechtlichen Beziehungen", GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 54, von einer Ausgestaltung der Kompetenz als subjektives Recht; für C.ARNDT, AöR 87/210 sind Kompetenz und subjektives Recht ein aliud.

3 Zurecht nennt daher das GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 "Rechte und Pflichten" bestimmter Verfassungsorgane.

4 Etwa die Ausgestaltung des geltenden Revisionsrechts einerseits und die Antragsbefugnis des Bürgers in § 47 VwGO andererseits.

5 Bezeichnend etwa LECHNER, Grundrechte, III/669.

6 Dazu bereits oben S. 7. 7 Dazu unten S. 83 ff.

8 Kennzeichnend dafür die verfahrensrechtlich unhaltbare Ansicht von der Bindungswirkung auch der Gründe der verfassungsgerichtlichen Entscheidung (LECHNER, aaO, III/712, m. Nachw.).

beim Verständnis der Verfassungsbeschwerde allzu leicht über grundlegende Verfahrensunterschiede hinwegzutäuschen. Andererseits hält man das Beanstandungsverfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO lediglich wegen der Bürgerantragsbefugnis, also aufgrund eines akzidentiellen Merkmals, für ein Rechtsschutzverfahren [1]. Darauf ist noch ausführlich einzugehen [2]. Es wird sich dabei zeigen, daß der Individualrechtsschutz weder eine allgemeinverbindliche Normentscheidung erfordert, noch sich aus allgemein verfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen mit einer solchen Entscheidung verträgt.

b) Erschwerend für die Trennung von Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren wirkt auch die technische Ausgestaltung einzelner Verfahren. So etwa ist im Bereich der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG trotz seiner allgemeinen Bezeichnung als "Organstreitigkeit" [3] nicht ein Rechtsschutz-, sondern ein Beanstandungsverfahren [4]. Denn das BVerfG entscheidet in ihm nicht über Rechte der Verfahrensbeteiligten, sondern über die Auslegung des GG. Ein Streit um subjektive Berechtigungen ist lediglich Zulässigkeitsvoraussetzung dieses Verfahrens. Der Grund für diese Regelung ist bekannt: es sollte sicher gestellt werden, daß das BVerfG nur über Rechtsfragen und nicht auch über politische Fragen entscheidet [5]. Die Reduzierung eines Streits zwischen Verfassungsorganen über gegenseitige Rechte und Pflichten auf ein prinzipales Interpretationsverfahren [6] scheint bei der Behandlung dieses Verfahrens Beanstandungs- und Rechtsschutzgesichtspunkte zu verwirren [7]. Demgegenüber ist an seinem Charakter als Beanstandungsverfahren festzuhalten, weil es nur der Entscheidung über objektives Recht dient [8].

---

1 Bezeichnend etwa der Widerspruch bei MENGER, Grundrechte, cIII/729 einerseits und S. 739 f. andererseits. MENGER geht zutreffend von der Beanstandungsfunktion des § 47 VwGO aus, entdeckt dann aber im bloßen Antragserfordernis die Rechtsschutzbestimmung und hält endlich das Verfahren für ein Instrument des Grundrechtsschutzes, obwohl die Grundrechte als Prüfungsmaßstab bei § 47 VwGO schlechthin ausgeschlossen sind.

2 Unten S. 78 ff.

3 Vgl. HAMANN, GG, Anm. B 1 zu Art. 93

4 GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 33 ff., 40 f.; anders freilich das Verfahren nach § 67 BVerfGG, dazu aaO, S. 70 ff.

5 GOESSL, aaO, S. 37 ff., m. Nachw.

6 GOESSL, aaO, S. 33 ff.

7 Deutlich etwa bei C.ARNDT, AöR 87/197 ff.

c) Hemmend dürfte sich hier auch die Ausgestaltung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage auswirken. Die Anfechtungsklage wird von der h. M. [1] immer noch als eine reine Gestaltungsklage angesehen, obwohl durch sie eine materielle Rechtsgestaltung offensichtlich nicht erfolgt, sondern allenfalls, wie übrigens bei allen Rechtsmittelentscheidungen, eine prozessuale Rechtsgestaltung [2]. Sie dient ausnahmslos der Durchsetzung positiver oder negativer Leistungsansprüche [3]. Die in der Kassation des fehlerhaften VA liegende prozessuale Gestaltung ist deshalb erforderlich, weil der durch die Exekutive hoheitlich handelnde Staat in bestimmten Fällen über das Vorrecht verfügt, Ansprüche gegenüber dem Bürger [4] ohne Inanspruchnahme der Gerichte verbindlich festzusetzen und zu vollstrecken [5]. Weil diese Akte verbindlicher Rechtskonkretisierung trotz Rechtsfehlerhaftigkeit wirksam sind [6], darum müssen sie aufgehoben werden, wenn sie vor den Verwaltungsgerichten begründet angefochten werden [6]. Die Notwendigkeit ihrer ausdrücklichen Beseitigung erweckt den Eindruck objektiver Rechtsbeanstandung. Es ist deswegen durchaus verständlich, daß die ältere Verwaltungsprozeßlehre in der Anfechtungsklage ein Mittel der Rechtsbeanstandung sah [7]. Unter der Geltung des GG ist es dagegen gesicherte Meinung, daß sie unmittelbar nur dem Rechtsschutz dient [8].

---

8 Lediglich die Auswahl der Verfahrensbeteiligten bestimmt sich noch nach Rechtsschutzgesichtspunkten (C.ARNDT, AöR 87/197 ff.). Erwähnenswert ist die dort, S. 216 von C.ARNDT aufgeworfene Frage, ob das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als objektives Verfahren ausgestaltet werden könnte. Gegen ihn, der auch hier Beanstandungs- und Rechtsschutzmomente vermengt, dürfte das wohl zu bejahen sein.

1 Vgl. etwa EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 6 zu § 42, ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I 2 zu § 42 VwGO.

2 Darauf hat vor allem RUPP, AöR 85/311 ff, wie zuvor schon in DVBl. 59/116 ff. hingewiesen. Vgl. auch MENGER, System, S. 158 ff.

3 Die von RUPP, AöR 85/312 sub cc) vertretene Ausnahme besteht bei genauerem Hinsehen nicht.

4 Oder gegenüber Selbstverwaltungskörperschaften im Kommunalaufsichtsrecht.

5 RUPP, AöR 85/311. Dieses Vorrecht steht unter Gesetzesvorbehalt, weil es in die Bürgerfreiheit eingreift. Die sehr bedenkliche h. M. geht freilich davon aus, daß die Verwaltung per definitionem in verbindlichen und vollstreckbaren VA handelt.

6 Die seltenen Nichtigkeitsfälle ausgenommen.

7 Vgl. etwa FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege, S. 282 ff., GNEIST, Rechtsstaat, S. 270 f.

8 Vgl. DÜRIG, GG, Rdnr. 7 zu Art. 19 IV, m. Nachw. Die von DÜRIG vertretene Mittelmeinung begegnet freilich Bedenken. Der Rechtsschutz

4. Der Rechtsschutzbegriff, der der Unterscheidung Beanstandung - Rechtsschutz entspricht, ist wesentlich weiter als der üblicherweise unter Rechtsschutz verstandene Schutz des Staatsbürgers [1]. Das genannte Begriffspaar deckt sich jedenfalls nicht mit der aus dem Streit um den Zweck des Verwaltungsprozesses bekannten Alternative: Kontrolle der Verwaltung - Rechtsschutz des Bürgers [2]. Diese alte Streitfrage kann wohl durch die gleichwertige Ausgestaltung aller verwaltungsgerichtlicher Verfahren durch die VwGO [3] als gegenstandslos geworden gelten. War schon zuvor der im Verwaltungsprozeß gewährte Rechtsschutz nicht auf den Bürger beschränkt, wie die Anfechtungsklagen etwa der Selbstverwaltungskörperschaften gegen Rechtsaufsichtsakte beweisen, so zeigen die heute zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften grundsätzlich zulässigen Parteistreitigkeiten [4], daß der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz nicht allein auf den Bürger ausgerichtet ist. Die Frage, ob der Verwaltungsprozeß insgesamt dem einen oder andern Zweck untergeordnet ist [5], ist letztlich auch zu undifferenziert, um richtig zu sein; es muß vielmehr jede Verfahrensart für sich auf ihre Ausrichtung geprüft werden [6].

5. Endlich ist das Begriffspaar Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren von dem des objektiven und des streitigen Verfahrens abzusetzen. Unter streitigem Verfahren oder Rechtsstreit versteht man die kontradiktorische Verfahrensausgestaltung [7], während beim objektiven Verfahren zwar Beteiligte mit entgegengesetzten Interessen vorhanden sein können, der Verfahrensgang jedoch nicht durch sich gegenüberstehende Streitparteien bestimmt wird. Die Beanstandungsverfahren sind vorwiegend als objektive Verfahren ausgestaltet, weil die Bestimmung eines Gegners hier auf Schwierigkeiten stoßen kann [8]. Andererseits sind

---

gegenüber Exekutivakten kann notwendig nur durch deren Kontrolle gewährt werden; insoweit enthält Art. 19 Abs. 4 GG sicher eine Kontrollermächtigung. Die Verwaltungskontrolle ist deshalb immer nur eine Sekundärfunktion des Rechtsschutzes, weil sonst unverständlich bleibt, warum sie nur im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz erfolgt.

1 Dazu BETTERMANN und MENGER, Grundrechte, III/779 ff. und 727 ff.

2 Vgl. dazu etwa MENGER, aaO, S. 728, m. Nachw., MEISS, ZZP 69/169, m. Nachw., ULE, DVBl. 54/137. Dieser Streit war bestenfalls zu einer Zeit berechtigt, in der der Verwaltungsprozeß vorwiegend im Zeichen der Anfechtungsklage stand.

3 Dazu RUPP, AöR 85/153 ff.

4 Etwa Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichem Vertrag.

5 Derart verallgemeinernd DÜRIG, GG, Rdnr. 7 zu Art. 19 IV.

nicht alle Rechtsschutzverfahren streitige Verfahren [1], wie die Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG beweist [2]. Aus der äußeren Verfahrensform des objektiven oder streitigen Verfahrens läßt sich daher nicht erkennen, ob ein Verfahren dem Beanstandungs- oder Rechtsschutztypus zugehört [3]. Umgekehrt aber kann aus der Kenntnis des Beanstandungs- oder Rechtschutzzwecks eines Verfahrens manche Erkenntnis für die Schließung von Lücken im Verfahrensrecht gewonnen werden [4], was vor allem bei der nur dürftigen Durchnormierung der verfassungsgerichtlichen Verfahren und der Beanstandungsverfahren überhaupt [5] von erheblicher praktischer Bedeutung sein kann.

---

6 So zutreffend MENGER, Grundrechte, III/729.

7 Vgl. KOEHLER, VwGO, Anm. VII zu § 40.

8 Mit wem sollte etwa bei der Normenkontrolle gestritten werden: dem Normgeber, den Normanwendern, den Normbetroffenen, der Norm selbst?

1 Welche Grenzen dem Gesetzgeber bei der Bestimmung der Verfahrensform gezogen sind (vgl. Art. 3, 101 Abs. 1 Satz 2, 103 Abs. 1 GG) kann hier offen bleiben.

2 Vgl. vor allem § 94 BVerfGG.

3 Das wird häufig verkannt. So verwechselt BVerfGE 1/407 offenbar das objektive Verfahren mit dem Beanstandungsverfahren.

4 Ein aufschlußreiches Beispiel solcher Lückenfüllung aus der Rechtsprechung des BVerfG zeigt MENGER, VerwArch. 53/308. Allgemein zur Bedeutung der objektiven Verfahrensform für das verfassungsgerichtliche Verfahren siehe TRIEPEL, VVDStRL 5/26 ff.

5 Vgl. etwa die kursorische Regelung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle in § 47 VwGO und den dazu ergangenen Ausführungsgesetzen der Länder.

2. Unterabschnitt.

NORMFEHLER UND DIE RECHTSFOLGEN VON NORMFEHLERN.

Diese Untersuchung hat nicht die Normprüfung allgemein, sondern nur die Gültigkeitsprüfung, die Normenkontrolle zum Gegenstand. Es ist eine ohne weiteres einsichtige Tatsache, daß Rechtsfehler die Wirksamkeit von Staatsakten beeinflussen [1]. Deshalb muß die Ausgestaltung der Normenkontrolle, die wie alles Verfahrensrecht Sinn und Rechtfertigung in der Durchsetzung des materiellen Rechts findet, von den Folgen abhängig sein, die die Rechtsordnung an die Fehlerhaftigkeit von Rechtsvorschriften knüpft. Diese Abhängigkeit zeigt sich deutlich etwa darin, daß die Inzidentkontrolle denknotwendig die Wirkungslosigkeit des fehlerhaften Aktes voraussetzt [2], oder daß der Charakter des Kontrollverfahrens als eines Feststellungs- oder Gestaltungsverfahrens dadurch bestimmt ist, ob die fehlerhafte Vorschrift automatisch wirkungslos ist oder ob ihre Wirkungslosigkeit erst durch die Normentscheidung herbeigeführt wird [3]. Auf die Lehre von der fehlerhaften Rechtsvorschrift wird daher in folgendem einzugehen sein. Die Erscheinung der fehlerhaften Rechtsvorschrift ist ein Unterfall der fehlerhaften Staatsakte [4]. Ihre Problematik nimmt in diesem Fragenkreis eine zentrale Stellung ein, deren Bedeutung ihre wissenschaftliche Behandlung nicht gerecht wird [5]. Der nachfolgende Abriß soll, soweit für diese Arbeit erforderlich, den eigenen Standpunkt kurz darlegen.

§ 4.

DIE RECHTSFEHLER VON RECHTSVORSCHRIFTEN.

In einem weitesten Sinne ist jede Rechtsvorschrift fehlerhaft, die weder den rechtlichen noch allen sonstigen Anforderungen entspricht, die

---

1 Vgl. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 205.

2 BETTERMANN, ZZP 72/40 und Grundrechte, III/900, JESCH, Bindung, S. 121 ff.

3 BACHOF, AöR 87/31, BETTERMANN, ZZP 72/36 f.

4 Zu der vorwiegend am fehlerhaften VA ausgerichteten Literatur vgl. die Nachw. bei FORSTHOFF, aaO, S. 202 f. - Für die normlogische Methode der Reinen Rechtslehre ist der fehlerhafte Staatsakt kein Staatsakt (KELSEN, GrünhutsZ 40/48, MERKL, Verwaltungsrecht, S. 195 ff.). Es handelt sich hier aber um kein nur rechtslogisches Problem (FORSTHOFF, aaO); mit der h. M. ist daher davon auszugehen, daß auch ein fehlerhafter Staatsakt kein rechtliches Nichts ist.

5 Die Rechtsquellenlehre hat bislang nicht die ihr gebührende Beachtung gefunden, vor allem fehlt es an einer zusammenfassenden dogmatisch-systematischen Behandlung dieser Materie.

an eine Rechtsvorschrift zu stellen sind [1]. Von den möglichen Normmängeln können hier diejenigen ausscheiden, die die Normgültigkeit nicht beeinträchtigen. Dazu gehören vor allem technische Fehler, etwa offensichtliche Versehen [2], uneinheitliche Gesetzesterminologie [3] oder andere Mehrdeutigkeiten, die eine Angelegenheit der Norminterpretation darstellen. Ebenso scheiden Widersprüche in den gesetzgeberischen Wertungen und Absichten aus, die lediglich die Geschlossenheit der Rechtsordnung infrage stellen [4].

1. Rechtsfehlerhaft im engeren Sinne ist eine Rechtsvorschrift, die rechtswidrig ist [5]. Rechtswidrig ist, was mit der objektiven Rechtsordnung nicht in Einklang steht [6]. Da die objektive Rechtsordnung aus Rechtsvorschriften zusammengesetzt ist, bedeutet die Rechtswidrigkeit von Rechtsvorschriften einen Konflikt, bei dem das objektive Recht nicht nur den Maßstab, sondern auch den Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung darstellt [7].

Die Notwendigkeit der Lösung solcher Normkonflikte folgt aus der Idee der Einheit der Rechtsordnung, die unserer Vorstellung vom Recht axiomatisch zugrunde liegt [8] und damit zugleich als Postulat für die Erzeugung und Fortgeltung des objektiven Rechts wirkt [9]. Auf alle Rechtsfragen hat die Rechtsordnung nur eine Antwort bereitzuhalten, andernfalls sie sich selbst verfehlt und aufgehört hat, Rechtsordnung zu

---

1 Zu diesem Fehlerbegriff etwa KELSEN, GrünhutsZ 40/47, H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 269.

2 Typische Fehler dieser Art stellen Schreib- und Druckfehler dar.

3 Dazu ENGISCH, Einheit, S. 43 f.

4 ENGISCH, aaO, S. 69 ff.

5 Vgl. JESCH, Bindung, S. 21, H.J.WOLFF, aaO, S. 269. - Es handelt sich hier um einen objektiven Rechtswidrigkeitsbegriff, nicht um den subjektiven der Pflichtwidrigkeit.

6 Als Werturteil ist die Rechtswidrigkeit ein kategorialer Begriff (ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, S. 1278 ff., ENGISCH, aaO, S. 56 ff.; dort auch zum Problem des einheitlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs).

7 Entsprechend lassen sich bei der Normenkontrolle Maßstabsnorm und Gegenstandsnorm unterscheiden.

8 Allgemein dazu BURCKHARDT, Organisation, S. 156 ff., ENGISCH, aaO, S. 1 ff., 41 ff., NAWIASKY, Rechtslehre, S. 1 ff.

9 Zur Doppelbedeutung des Einheitsgedankens als Postulat und als Axiom vgl. ENGISCH, aaO, S. 67 ff.

sein [1]. Der Konflikt aus der Unvereinbarkeit mehrerer Rechtsvorschriften kann nur dadurch gelöst werden, daß die Rechtsordnung nur einer von ihnen Wirksamkeit beimißt und den übrigen jede Wirksamkeit nimmt. Die sich gegenüber anderen Vorschriften durchsetzende Norm hat diesen gegenüber den Vorrang, und dieser Vorrang ist ein Geltungsvorrang. Die Norm mit Vorrang gibt folglich den Maßstab der Rechtmäßigkeit im Verhältnis zu nachrangigen Vorschriften.

Ein Normkonflikt liegt nur dann vor, wenn im Falle eines Normwiderspruchs der Normgeber nicht selbst schon zulässigerweise den Widerspruch durch die ausdrückliche Bestimmung behoben hat, welche der widerstreitenden Vorschriften aufgehoben oder entsprechend abgeändert ist [2]. Fehlt es an einer Konfliktslösung in concreto, so hat die Rechtsordnung allgemein für die Beseitigung des Normkonflikts Sorge zu tragen. Die Grundsätze, die sie dafür bereithält, bezeichnet man als Normenkollisionsregeln [3]. Aufgabe des Normenkollisionsrechts im einzelnen ist zu bestimmen, welche Rechtsnorm im Verhältnis zu widersprechenden anderen Rechtsnormen Vorrang hat und wie sich dieser Vorrang auswirkt. Von diesem materiellen Rechtsquellenrecht ist streng zu scheiden die ganz andere formellrechtliche Frage, wem die Erkenntniszuständigkeit, d. h. die Zuständigkeit zu verbindlicher Entscheidung, im Hinblick auf das materielle Rechtsquellenrecht zukommt. Aus der Art der Normfehlerfolge lassen sich daher keine Schlüsse auf eine bestimmte Entscheidungszuständigkeit ziehen [4], und Kodifizierungen des materiellen Rechtsquellenrechts können zur Beantwortung von Kompetenzfragen nicht herangezogen werden [5].

2. Die Fehlerhaftigkeit einer Rechtsvorschrift kann eine ursprüngliche oder eine nachträgliche sein [6], je nachdem die Vorschrift bereits bei ihrer Entstehung rechtswidrig ist oder erst später rechtswidrig wird.

---

1 HENSEL, HdbDStR, II/314, MASCHKE, Rangordnung, S. 7 ff., H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 108; vgl. auch KELSEN, VVDStRL 4/174: "Das negative Kriterium der Einheit ist die Widerspruchslosigkeit."

2 Zur Aufhebungs- und Abänderungsbefugnis des Gesetzgebers vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, S. 286 f.

3 Sie unterscheiden sich grundlegend von den ganz anderen des Internationalen Privatrechts. Diese beruhen auf der Vielzahl der Rechtsordnungen, jene auf der Einheit der Rechtsordnung, diese regeln die Normanwendung, jene die Normgeltung.

4 So BACHOF, AöR 87/36 (anders wohl Richtermacht, S. 18), FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 63; a. A. BETTERMANN, ZZP 72/33, KELSEN, VVDStRL 5/45.

5 FRIESENHAHN, aaO, S. 64, verkennt dabei den Charakter des Art. 31 GG als einer reinen materiellen Kollisionsnorm.

Normfehler können dadurch entstehen, daß sich die Rechtsvorschriften in der zeitlichen Abfolge der Rechtserzeugung widersprechen. Es ist das insbesondere der Fall, wenn eine spätere Vorschrift von der in einer früheren Norm getroffenen Regelung abweicht, aber auch der Verstoß gegen Rechtserzeugungsvorschriften gehört hierher. Die temporale Normkollision ist die einzig mögliche Konfliktsart zwischen Vorschriften derselben Rangstufe. Ein Normkonflikt kann aber auch im Verhältnis rangverschiedener Vorschriften auftreten, denn nicht alle Rechtsvorschriften stammen aus derselben Rechtsquelle [1]. Das System der Rechtserzeugung unserer Rechtsordnung ist gekennzeichnet durch einen Pluralismus von Normgebern unterschiedlichen Ranges, die Normen mit entsprechendem Rang setzen. Die objektive Rechtsordnung ist zusammengesetzt aus einem hierarchisch gegliederten Gefüge von Rechtsvorschriften [2], deren Rang sich jeweils nach dem ihres Normgebers bestimmt [3]. Das Rechtsquellenrecht unterscheidet in der Reihenfolge von oben nach unten die Rangstufen der Verfassung, des einfachen formellen Gesetzes, [4] der Rechtsverordnung [5] und der Satzung [6]. Ob sich die Rangreihe nach

---

6 Vgl. dazu HOFFMANN, JZ 61/193 f.

1 Zum Begriff der Rechtsquelle vgl. MASCHKE, Rangordnung, S. 1 ff. und H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 90 ff.

2 Allgemein zur Hierarchie der Rechtsquellen ENGISCH, Einheit, S. 7 ff., FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 114, HENSEL, HdbDStR, II/313 ff., MASCHKE, aaO, NAWIASKY, Rechtslehre, S. 30 ff., H.J.WOLFF, aaO, S. 108 ff. - Mit der Anerkennung der Normhierarchie ist weder die normlogische Methode, noch ihre Spielart der MERKL-KELSEN'schen Stufenlehre akzeptiert. Der bekannte Methodenstreit kann hier deswegen dahinstehen.

3 Gegen HENSEL, aaO, S. 314, ist deshalb nicht nur ein Rang der Normgeber, sondern auch ein Rang der Normen selbst anzuerkennen. Wie hier H.J.WOLFF, aaO, S. 108.

4 Für das geltende Recht ist ein Rangunterschied Verfassung - einfaches Gesetz unstr. (vgl. A.ARNDT, BB 60/993 und Grundgesetz, S. 5, BACHOF, AöR 87/4 Anm. 10 und S. 16, DÜRIG, GG, Rdnr. 103 zu Art. 1, HAMANN, GG, Einf. I D 7a, HOFFMANN, JZ 61/195). Dagegen ist zuvor auf der dogmatischen Grundlage der Ablehnung der auf das französische Revolutionsstaatsrecht zurückgehenden und im nordamerikanischen Verfassungsrecht rezipierten Unterscheidung von pouvoir constituant und constitué weitgehend Ranggleichheit angenommen worden (so u. a. von ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 1 zu Art. 70, G.JELLINEK, Staatslehre S. 534, W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 119, HATSCHEK, Staatsrecht, S. 50, LABAND, AöR 9/237). Positiv-gesetzlich sind Art.78 Abs. 1 RV und Art. 76 Abs. 1 WRV dahin ausgelegt worden, daß die Verfassung durch einfaches Gesetz geändert werden kann. A.A. für die damalige Zeit wohl HENSEL, aaO, S. 316 und MASCHKE, aaO, S. 18 ff. Zum GG vgl. DÜRIG, GG, Rdnr. 21 ff. zu Art. 79, EHMKE, AöR 79/398, HAMANN, GG, Anm. A 2 zu Art. 79 und NJW 59/696 ff., je m. Nachw.

5 Zum Rang der Rechtsverordnungen untereinander DREWS-WACKE, Polizeirecht, S. 381 und H.J.WOLFF, aaO, S. 109.

oben in vor- oder überstaatliches Recht [1] weiterführen läßt [2], kann hier ebenso offen bleiben wie die Frage des Verhältnisses der einzelstaatlichen Rechtskreise zum Völkerrecht [3].

Die Rechtsfehler von Rechtsvorschriften werden häufig [4] auch in formelle und materielle unterteilt. Erstere sollen sich auf die Ordnungsmäßigkeit des Normerzeugungsvorgangs, letztere aus die inhaltliche Übereinstimmung von Rechtsvorschriften beziehen. Gegen die Tauglichkeit dieser Unterscheidung sind zu Recht Bedenken erhoben worden [5], denn ein solcher Unterschied läßt sich nicht exakt ausmachen. Ist nämlich der Rechtserzeugungsvorgang fehlerhaft, so besteht notwendig auch ein sachlicher Widerspruch zu den Rechtserzeugungsvorschriften [6]. Widerspricht umgekehrt eine Vorschrift inhaltlich höherem Recht, so ist sie auch formell fehlerhaft, weil sie nicht in der rechtmäßigkeitskonstitutiven höheren Normform ergangen ist [7]. Formelle und materielle Fehlerhaftigkeit lassen sich daher nicht streng auseinander halten [8].

---

6 Anders die Terminologie bei H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 109.

1 Fälschlich oft als "überpositives" Recht bezeichnet.

2 Dazu LECHNER, Grundrechte, III/663, m. Nachw.

3 Zum Theorienstreit vgl. VERDROSS, Völkerrecht, S. 60 ff., m. Nachw.

4 Vgl. etwa die Nachw. bei ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 2 zu Art. 70.

5 So bereits LABAND, Staatsrecht, S. 46, ferner ANSCHÜTZ, aaO und VerwArch. 30/347 und v.HIPPEL, HdbDStR, II/557.

6 Vgl. die bei ANSCHÜTZ, aaO, BETTERMANN, ZZP 32/38 und KELSEN, VVDStRL 5/36 angeführten Beispiele.

7 Aktuelle Bedeutung hat die Unterscheidung höchstens noch für Art. 82 GG (vgl. dazu HAMANN, GG, Anm. 4 zu Art. 82).

8 A. A. wohl FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 60 ff.

§ 5.

DIE VORRANGSNORM.

Bei der Bestimmung, welcher von mehreren sich widersprechenden Normen der Vorrang zukommt, ist zu unterscheiden zwischen dem Konflikt gleichrangiger und dem verschiedenrangiger Rechtsvorschriften.

1. Widersprüche zwischen gleichrangigem Recht werden nach den Grundsätzen der temporalen Kollisionsregelung bereinigt. Es gelten die Sätze: (1.) lex posterior derogat legi priori, (2.) lex specialis non derogat legi generali und (3.) lex posterior generalis non derogat legi priori speciali [1]. Der erste Satz richtet die Kollisionsregelung am zeitlichen, der zweite am inhaltlichen Verhältnis der widerstreitenden Vorschriften, der dritte an beiden aus [2]. Die temporalen Kollisionsregeln sind gemeinhin nicht kodifiziert; eine positiv-gesetzliche Teilregelung findet sich im Bundesrecht etwa in Art. 123 Abs. 1 GG [3]. Die Sätze werden häufig für apriorisch gehalten [4], sie haben nach richtiger Meinung [5] aber nicht den Charakter selbstverständlicher Voraussetzungen. Im einzelnen ist indes unstreitig nur die Geltung des ersten Satzes, weil nur bei kollidierendem tatbestandsvollidentischen Vorschriften das Einheitspostulat unheilbar verletzt ist. Im Falle bloß teilweiser Tatbestandsdeckung sind dagegen Normrelationen der Gesetzeskonkurrenz [6] möglich, weil das Einheitspostulat hier nicht schon durch die Geltung, sondern lediglich durch die gleichzeitige Anwendung der tatbestandlich teilidentischen Normen mit verschiedener Rechtsfolge verletzt ist. Neben der Geltungskonkurrenz rechtswidriger gibt es daher auch eine Anwendungskonkurrenz rechtmäßiger Vorschriften. Unter welchen Voraussetzungen der eine oder der andere Konkurrenzfall gegeben ist, darüber enthalten die genannten Sätze nichts [7]. Der Frage ist in diesem Zusammenhang indes nicht weiter nachzugehen.

---

1 MASCHKE, Rangordnung, S. 8, vgl. auch HENSEL, HdbDStR, II/314.

2 HENSEL, aaO.

3 Und zwar lediglich teilweise im Verhältnis des früheren zum späteren Verfassungsrecht, die Möglichkeit temporaler Kollision zwischen Grundnormen vorausgesetzt.

4 MASCHKE, aaO.

5 Zuletzt BACHOF, AöR 87/4 Anm. 10, vgl. auch ENGISCH, Einheit, S. 47 ff., m. Nachw.

6 Dazu zuletzt ausführlich GEERDS, Konkurrenz, S. 146 ff., wenngleich einseitig aus strafrechtlicher Warte.

7 Vgl. dazu ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, S. 49 ff. und 286 ff., W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 141.

2. Die temporale Kollisionsregelung genügt dem Einheitserfordernis nur in einer Rechtsordnung gleichrangiger Normen. Der Vorrang der lex posterior versagt bei rangverschiedenem Recht. Hier folgt der Vorrang notwendig dem höheren Normrang und nicht der Zeitfolge. Es gilt der Satz: lex superior derogat legi inferiori [1]. Die allgemeine Geltung dieses Satzes ist freilich bestritten. Nach einer verbreiteten Meinung[2] ist temporale Kollisionsregelung auch bei rangverschiedenem Recht dann anzuwenden, wenn die höhere Norm die spätere ist [3]; nur wenn die spätere Norm zugleich die niedere darstellt, soll der Satz von der lex superior zutreffen [4]. Diese Meinung beruht auf der Annahme, daß beim Konflikt der früheren niederen mit der späteren höheren Vorschrift der Normrang ohne Bedeutung ist [5]. Das trifft nicht zu. Im Konflikt rangverschiedener Vorschriften kann nur der Normrang Anknüpfungspunkt der Konfliktslösung sein [6].

a) Die allgemeine und uneingeschränkte Geltung des Satzes von der lex superior ohne Rücksicht insbesondere auf die Zeitenfolge der kollidierenden Vorschriften folgt dogmatisch bereits aus dem der Rechtsordnung zugrunde liegenden Rangbegriff. Dieser kann formell oder materiell bestimmt sein, je nachdem er an die formalen Kriterien der Normherkunft oder an die materiellen des Norminhalts anknüpft [7]. Der Rangbegriff der Normhierarchie ist ein formeller, weil es für ihn nur auf den Normursprung ankommt [8]. Der formelle Rangbegriff bestimmt über die Normgeltung in Konfliktsfällen [9]. Die Rangordnung der Rechtsvorschriften aus verschiedener Rechtsquelle ist gerade das technische Mittel, bei einer Mehrheit von Normgebern die Einheit der Rechtsordnung zu ge-

---

1 HENSEL, HdbDStR, II/314, MASCHKE, Rangordnung, S. 8, H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 117.

2 BACHOF, DVBl. 51/14, FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 75, HOLTKOTTEN, GG, Anm. II A 2 zu Art. 100, BVerfGE 2/13; 6/222 und 10/128, LVG Hamm, DVBl. 51/389 Wü-BaVGH, DVBl. 51/762, BadVGH, DÖV 50/596.

3 Wobei allerdings nur der erste Satz der temporalen Kollisionsregelung Anwendung finden soll.

4 Er gilt mithin nur beschränkt zwischen rangungleichem Recht.

5 So vor allem BVerfGE 2/130.

6 Wie hier QUARITSCH, Parlamentsgesetz, S. 18 ff., ZEIDLER, DOV 60/25.

7 HENSEL, aaO, S.313, MASCHKE, aaO, S. 1 ff., H.J.WOLFF, aaO, S. 108.

8 Vgl. die Nachw. oben in Anm. 1. - Damit ist freilich nicht ausgemacht, daß es sonst auf den Norminhalt nicht ankommt, wie etwa das Problem der Pflichtenkollision im Strafrecht zeigt.

9 Vgl. H.J.WOLFF, aaO: "Geltungsstufe".

währleisten [1]. Der Begriff des Normrangs im Sinne einer Abstufung der Geltungskraft von Rechtsvorschriften kann ebenfalls verschieden bezogen sein. Er kann sich auf die Normgeltung gegenüber dem Normadressaten oder aber gegenüber anderen Normen beziehen. Nach dem Rechtsquellenrecht unserer Rechtsordnung ist die Geltung einer Vorschrift gegenüber ihrem Adressaten unabhängig von ihrer Stellung im Gefüge der Normhierarchie [2]. Der Rechtsverordnung ist ebenso zu gehorchen wie der Verfassung [3]. Das Wesen des Normrangs in dem hier gemeinten Sinne kann daher nur sein Geltungswert gegenüber anderen Normrängen ausmachen [4]. Die zeitliche Normfolge spielt dabei offensichtlich keine Rolle. Die höhere Vorschrift gilt, weil sie die höhere ist [5].

b) Das System der Rechtserzeugung bestätigt dieses Ergebnis. Die Rangordnung der Normen beruht auf und entspricht einer Rangordnung der Normgeber, die durch eine von oben nach unten delegierte Rechtserzeugungsbefugnis gekennzeichnet ist [6]. Alle Rechtssetzung unterhalb der obersten Rangstufe ist abgeleitete Rechtssetzung [7]. Die Normsetzungsbefugnis des niederen Normgebers ist daher stets schwächer als die des höheren [8]. Der niedere Normgeber verfügt mithin nicht über die rechtliche Möglichkeit, sich über die Anordnungen des höheren hinweg zu setzen. Seine schwächere Anordnungsbefugnis teilt sich der von ihm erlassenen Vorschrift als die rechtliche Qualität ihrer minderen Geltung gegenüber den Vorschriften höherer Normgeber mit [9]. Dadurch wird es

---

1 HENSEL, HdbDStR, II/313, MASCHKE, Rangordnung, S. 8, H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 108, vgl. auch IMBODEN, Normenkontrolle, S. 150.

2 Jedenfalls unmittelbar, mittelbare Auswirkungen ergeben sich freilich im Fall des Normkonflikts auch auf die Adressaten.

3 Vgl. dazu bereits v. MOHL, Politik, S. 391: aus der Verschiedenheit der Rechtsquellen folgt nicht schon die materielle Verschiedenheit des objektiven Rechts.

4 Vgl. die Nachw. oben S. 25 Anm. 1.

5 So ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 2 zu Art. 13; BACHOF, AöR 87/4 Anm. 10, beruft sich daher für seine abweichende Meinung zu Unrecht auf ihn. Im Ergebnis wie hier die Nachw. oben S. 25 Anm. 6.

6 Im Bundesstaat so jedenfalls in den Teilrechtskreisen. Die besondere Frage nach der Ursprünglichkeit dieser Teilrechtskreise kann hier ausgeklammert werden. Positiv-verfassungsgesetzlich löst Art. 31 GG die Geltungsfrage.

7 Folglich auch das Gewohnheitsrecht, ausgenommen das der Verfassungsstufe. Weitgehend wird freilich der originäre Charakter des Gewohnheitsrechts schlechthin behauptet (vgl. BURCKHARDT, Organisation, S. 223 ff., FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 131 ff.).

erst möglich, den Zusammenhang der Normen der Rechtsordnung als die Summe der Subordinationsbeziehungen [1] zwischen den Vorschriften verschiedenen Ranges vorzustellen, die das Normgefüge in einer geschlossenen rechtslogischen wie genetischen Bezogenheit erscheinen lassen [2]. Die Verfassung als die höchste Vorschrift ist einerseits Geltungsgrund [3], andererseits auch Bestimmungsgrund aller unter ihr stehenden Rechtsvorschriften [4]. Die Normhierarchie als die Folge eines Systems abgeleiteter Rechtssetzung impliziert daher den Geltungsunterschied von Vorschriften aus rangverschiedener Rechtsquelle im Verhältnis untereinander. Der Zeitpunkt der Normerzeugung ist dafür ebenfalls ohne Bedeutung.

c) Auch die Vorrangregelung bei rangverschiedenem Recht ist, ebenso wie die bei ranggleichem Recht, allgemein nirgends positiv-gesetzlich niedergelegt. Ebenso wie dort gibt es aber gesetzliche Bestimmungen über Teilinhalte der allgemeinen Regel, für die aus dem Bundesrecht Art. 123 Abs. 1 GG [5] und Art. 31 GG [6] zu nennen sind.

---

8 Ausnahmen kraft ausdrücklicher Anordnung des höheren Normgebers sind theoretisch möglich (vgl. etwa die Figuren des verfassungsändernden Gesetzes oder der gesetzesvertretenden Rechtsverordnung).

9 A. A. wohl HENSEL, HdbDStR, II/314.

1 Dagegen können Koordinationsbeziehungen inhaltlicher Art zwischen Vorschriften ohne Rücksicht auf ihren Rang bestehen.

3 Sog. Grund- oder Fundamentalnorm. Folgerichtig muß bei deren Wegfall das ganze Normgefüge zusammenbrechen. Die Theorie von der Identität und Kontinuität der Rechtsordnung trotz Wegfalls der Grudnorm (so etwa ENGISCH, Einheit, S. 21, m. Nachw.) ist daher unzutreffend; es muß wenigstens eine stillschweigende Rezeption stattfinden (wie hier ANSCHÜTZ, Verfassung, S. 10).- Im System abgeleiteter Rechtssetzung beschränkt sich die Frage nach der Rechtsgeltung auf die Frage nach der Geltung der Grundnorm.

2 ENGISCH, Einheit, S. 9 ff.

4 IMBODEN, Normenkontrolle, S. 138 f., findet die Normauslegung in Konformität mit höherem Recht, bekannt vor allem als verfassungskonforme oder gesetzeskonforme Auslegung, als eine Konsequenz dieses Zusammenhangs.

5 Vgl. bereits oben S. 24 Anm. 3. Die Vorschrift ist also Kollisionsbestimmung zwischen ranggleichem wie rangverschiedenem Recht. Ihre eigentliche Bedeutung liegt indes in ihrer Eigenschaft als Rezeptionsnorm, weil sie die Weitergeltung vorgrundgesetzlichen Rechts trotz Wegfalls der vorkonstitutionellen Grundnorm bewirkt. Vgl. dazu oben Anm. 3.

6 Zu der in Art. 13 Abs. 1 WRV vorgebildeten Regelung des Art. 31 GG vgl. oben S. 21 Anm. 5.

§ 6.

DIE RECHTSWIRKUNGEN DES NORMVORRANGS.

Die Rechtswidrigkeit von Rechtsvorschriften stellt ein Problem der Normgeltung dar. Der Geltungskonflikt kann nur dadurch gelöst werden, daß die Rechtsordnung die Geltung nur einer der sich widersprechenden Vorschriften anordnet [1]. Die stärkere Geltungskraft der im Konfliktsfall dominierenden Norm ist ihr Vorrang [2]. Dabei ist kein Unterschied auszumachen, ob es sich um Konflikte auf horizontaler oder vertikaler Normebene handelt; der Geltungskonflikt ist in beiden Fällen der gleiche [3]. Der Geltungsverlust der zurücktretenden Vorschrift kann verschieden sein je nach der Art seines Eintritts und nach seiner Dauer.

1. Die Wirkungslosigkeit der zurücktretenden Vorschrift kann im Konfliktsfall ohne weiteres aufgrund der bloßen Tatsache der Normwidrigkeit oder erst aufgrund eines besonderen Formalakts eintreten, der zum Tatbestand der Normwidrigkeit hinzukommen muß. Als derartiger Formalakt wird in der Regel ein formalisierter Erkenntnisakt, insbesondere eine gerichtliche Entscheidung in Betracht kommen. Im einen Fall pflegt man von der Nichtigkeit, im anderen von der Vernichtbarkeit der fehlerhaften Vorschrift zu sprechen [4].

Die Vernichtbarkeit der rechtswidrigen Norm wirft besondere Probleme der Normgeltung auf. Weil hier nämlich die rechtswidrige Vorschrift bis zum Ergehen des Vernichtungsaktes gilt [5], kann die Verwirklichung des Einheitspostulats bis dahin nur so gedacht werden, daß der Geltungskonflikt vorläufig zugunsten der nachrangigen Vorschrift, jedoch nur bis zum Augenblick ihrer Vernichtung gelöst ist [6].

Während nach geltendem Recht gerichtliche Entscheidungen und VA gegenüber fehlerhaften Zustandekommen relativ unempfindlich sind [7] und in

1 Die Interessenlage ist hier völlig anders als bei fehlerhafter Einzelfallregelung durch gerichtliche und Verwaltungsentscheidungen.

2 Siehe bereits oben S. 21.

3 Im Ergebnis bestehen daher auch zu der oben S. 25 ff. abgelehnten keine Unterschiede.

4 Zu den nicht zu übersehenden Unsicherheiten dieser Terminologie zuletzt zutreffend BACHOF, AöR 87/32, insbes. Anm. 77, m. Nachw.

5 A.ARNDT, BB 59/534 und DÖV 59/82 f., HOFFMANN, JZ 61/200; zu den Möglichkeiten der Ausgestaltung der Vernichtbarkeit KELSEN, VVDStRL 5/47.

6 LÖWISCH, JZ 61/731; auf Einzelheiten kommt es hier nicht an.

ihrem Fortbestand von einer Änderung des objektiven Rechts grundsätzlich nicht abhängen [1], ist die ipso iure, also ohne weiteres mit der bloßen Tatsache der Fehlerhaftigkeit eintretende Wirkungslosigkeit [2] die ausschließliche Fehlerfolge der Rechtswidrigkeit von Rechtsvorschriften [3]. Das war und ist unstreitig für fehlerhaftes untergesetzliches objektives Recht [4]. Das war unstreitig auch im vorkonstitutionellen Staatsrecht für fehlerhafte formelle Gesetze [5]. Der Satz vom Vorrang des Gesetzes wie der vom Vorrang der Verfassung [6] haben den Gedanken einer auch nur vorläufigen Geltung fehlerhafter Rechtsvorschriften nicht aufkommen lassen [7].

---

7 Regelfolge ist hier Vernichtbarkeit, Nichtigkeit seltene Ausnahme. Über die Abhängigkeit der Nichtigkeitsfolge von der aktuellen Ausgestaltung des Rechtsschutzes zutreffend JESCH, Bindung, S. 121 ff., aber auch BÖTTICHER, Bindung, S. 521, m. Nachw., ferner KELSEN, VVDStRL 5/43 ff.

1 Versteht man wie JESCH, Gesetz, S. 24, entsprechend der MERKL-KELSEN'schen Stufenlehre unter Norm alles rechtliche Verbindliche, also auch Urteil und VA, so kann man nicht wie er, aaO, S. 29, unter Vorrang des Gesetzes die Derogationswirkung der Staatsakte in Gesetzesform gegenüber allen rangniederen Normen auffassen. Denn Urteil und VA sind in ihrem Bestande grundsätzlich unabhängig von einer nachträglichen Änderung des höheren Rechts, sie sind insoweit gesetzesfest (A.ARNDT, NJW 59/606, BÜLOW, Gesetz, S. 7, ENGISCH, Einheit, S. 13). Der Derogationseffekt muß daher auf einen Teilbereich der Normhierarchie beschränkt sein. Es muß mithin - und zwar nicht nur für die Vertreter der Stufenlehre - einen Rechtssatz geben, der diese gesteigerte Geltungskraft von Einzelakten anordnet. Ein solcher Satz liegt unserer Rechtsordnung ihrer Struktur nach zugrunde, ohne daß er ableitungsbedürftig oder auch nur ableitbar wäre. - Über die Wahrung des Einheitspostulats unter diesen Voraussetzungen ENGISCH, aaO, S. 15.

2 Der Terminus "Nichtigkeit" wird hier mit Bedacht vermieden, weil, wie sich zeigen wird (vgl. unten S. 31 f.), die Vorrangwirkung nicht unbedingt zur Vernichtung der nachrangigen Vorschrift führt.

3 Im Ergebnis wie hier die Nachw. bei HOFFMANN, JZ 61/195, ferner BETTERMANN, Grundrechte, III/900, ZZP 72/37, BACHOF, AöR 87/37 ff., GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 215 Anm. 864, LÖWISCH, JZ 61/731, MÜLLER, DVBl. 62/162, SIEBERT, Prüfungszuständigkeit, S. 48.

4 So u. a. FLEINER, Institutionen, S. 68, FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 126, JACOBI, HdbDStR, II/254, W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 121, H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 109.

5 So etwa JESCHKE, JW 22/81 f., W.JELLINEK, DJZ 21/753, JoR, a.F. 9/108, SCHELCHER, FischZ 59/64 f., WASSERTRÜDINGER, JW 25/44 f. vgl. dazu auch BACHOF, AöR 87/33.

6 Vgl. speziell zum Vorrang des Reichsrechts ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 2 zu Art. 13. Zum Vorrang der Verfassung vgl. freilich oben S. 21 Anm. 4 und unten S. 44.

7 Vgl. BACHOF, AöR 87/33.

2. Dagegen soll unter der Geltung des GG nach einer verbreiteten Meinung [1] das formelle Gesetz bei ursprünglicher Verfassungswidrigkeit nur vernichtbar, also nicht ohne weiteres wirkungslos sein. Dieser Lehre kann nicht gefolgt werden.

Wenn abweichend von allen übrigen Normfehlern lediglich die ursprüngliche Verfassungswidrigkeit zur Vernichtbarkeit führt, dann bedarf diese Annahme einer besonderen Begründung. Diese wird von den Vertretern der genannten Ansicht in Art. 100 Abs. 1 GG gefunden. Weil der Richter, so wird argumentiert, das verfassungswidrige Gesetz nicht verwerfen darf, deshalb ist es bis zum Spruch des BVerfG für ihn nicht unbeachtlich und daher auch nicht "nichtig", mag es auch in seiner Anwendbarkeit suspendiert sein [2]. SCHEUNER [3] hat bereits erkannt, daß bei dieser Beweisführung Gesetzesgeltung und Erkenntniszuständigkeit verwechselt werden. Es handelt sich bei Art. 100 Abs. 1 GG in der Tat um eine Zuständigkeitsvorschrift und nicht um eine Norm des materiellen Rechtsquellenrechts, wie aus seiner Entstehungsgeschichte erhellt [4]. Ein Rückschluß auf die Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit wäre höchstens dann zu erwägen, wenn die in concreto getroffene Verfahrensregelung nur auf der Grundlage einer bestimmten materiellen Rechtsfolge verständlich sein würde, was bei Art. 100 Abs. 1 GG nicht der Fall ist. Der als ratio constitutionis anerkannte Schutz des Gesetzgebers vor einer Mißachtung durch die Gerichte [5] erfordert lediglich das Entscheidungsmonopol des BVerfG und der übrigen Verfassungsgerichte, nicht aber auch die irgendwie geartete vorläufige Geltung des verfassungswidrigen Gesetzes. Der Schutz des Gesetzgebers würde sonst über den der Verfassung gestellt. Aber auch das Verwerfungsmonopol der Verfassungsgerichte erfordert nicht die Vernichtbarkeit [6]. Im übrigen müßte dann folgerichtig in den Ländern, in denen ein erweitertes Verwerfungsmonopol der Verfassungsgerichte besteht [7], auch vorkonstitutionelles oder

---

1 Nachw. bei HOFFMANN, JZ 61/194 f. Anm. 21 ff.; zum Teil wird die Vernichtbarkeitstheorie auch durch eine Evidenztheorie modifiziert (Nachw. bei HOFFMANN, aaO, S. 195 Anm. 30 f.).

2 Zu Art. 100 Abs. 1 GG ausführlich unten S. 45 ff.

3 BB 60/1255, wie er BACHOF, AöR 87/34.

4 Dazu BVerfGE 1/192 ff.

5 Dazu unten S. 67 ff.

6 Auf den Umstand, daß jede rechtskräftige Entscheidung "konstitutive" Züge aufweist, hat BACHOF, AöR 87/34 hingewiesen; wie er schon THOMA, HdbDStR, II/235. Konstitutiv im technischen Sinne ist sie deswegen nicht. Vgl. dazu unten S. 113 f. und JESCH, Bindung, S. 121 f

untergesetzliches Recht, soweit es diesen Verwerfungsmonopolen unterliegt, bis zum Spruch des jeweiligen Verfassungsgerichts vernichtbar sein [1]. Das hat bislang niemand vertreten. Die ipso iure eintretende Unwirksamkeit findet daher uneingeschränkt bei allen rechtswidrigen Rechtsvorschriften statt [2].

3. Was die zeitliche Erstreckung der Vorrangwirkung angeht, so sind Einzelheiten auch hier streitig [3]. Zu unterscheiden ist die Vorrangwirkung hinsichtlich der Vergangenheit von der für die Zukunft, vom Augenblick des Normkonflikts an gerechnet. In der Regel beseitigt die Vorrangnorm, die nach der zurücktretenden Vorschrift erlassen wird, deren Wirkung nur pro futuro. Die nachrangige Norm bleibt daher auch nach Erlaß der Vorrangsnorm auf Sachverhalte anwendbar, die entweder abgeschlossen in der Zeit vor deren Erlaß liegen [4], oder die vor diesem Zeitpunkt verwirklicht wurden, mögen sie auch noch in die Zeit danach dauern [5]. Die Vorrangsnorm kann aber auch zeitlich zurückwirken; die vorwiegend verfassungsrechtliche Problematik der Rückwirkung oder Rückanknüpfung kann hier außer Betracht bleiben [6]. Bei nachträglicher Normwidrigkeit kann ferner die Vorrangwirkung auch für die Zukunft unterschiedlich ausgestaltet werden, je nachdem die vorrangige Vorschrift die nachrangige für immer beseitigt oder nur zeitweilig aufhebt [7]. Der Vorrang kann mithin hier zur Derogation oder nur zur Suspension führen [8]. Es empfiehlt sich daher, allgemein nur von der Unwirksamkeit der nachrangigen Norm zu sprechen, weil bei nachträglicher Rechtswidrigkeit die Norm in der Vergangenheit gegolten hat und auch künftig möglicherweise nochmals gelten kann [9].

---

7 Vgl. unten S. 69 f.

1c Vgl. BACHOF, AöR 87/29.

2 Vgl. die Nachw. bei HOFFMANN, JZ 61/194 f., ferner BACHOF, AöR 87/31 ff.

3 Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, S. 49 und 287, W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 141, H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 112.

4 Vgl. § 2 Abs. 2 und 3 StGB.

5 Vgl. Art. 200 EGBGB, ferner zum ganzen HOFFMANN, JZ 61/193 Anm. 7.

6 Dazu DÜRIG, GG, Rdnr. 47 zu Art. 2 I und Rdnr. 87 zu Art. 20, m. Nachw., auch ENGELHARDT, JöR 8/134.

7 A. A. H.J.WOLFF, aaO, S. 111 f.

8 Vgl. die Nachw. oben in Anm. 2.

9 § 95 Abs. 3 BVerfGG berücksichtigt das ebensowenig wie § 78 BVerfGG. Kritisch zu diesen Vorschriften HOLTKOTTEN, GG, GG, Anm. II B 1 d zu Art. 93, dazu ausführlich noch unten S. 128 ff.

In welchen Fällen die vorrangige Rechtsvorschrift derogiert oder in welchen Fällen sie nur suspendiert, ist, soweit es an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber fehlt, nur dem objektiven Sinn der in der vorrangigen Norm getroffenen Regelung zu entnehmen [1]. Im allgemeinen erlangt die nachrangige Vorschrift mit Wegfall der vorrangigen nicht ohne weiteres wieder Geltung [2]. Umgekehrt erlischt mit der Ermächtigungsvorschrift das aufgrund ihrer gesetzte Recht nicht schon von selbst [3], wie überhaupt eine Änderung des Rechtserzeugungsrechts den Bestand des vor der Änderung erlassenen Rechts in der Regel nicht beeinträchtigt [4].

---

1 Anders wohl H.J.WOLFF, Verwaltungsrecht, S. 112.

2 PETERS, Verwaltungsrecht, S. 83, TUREGG-KRAUS, Verwaltungsrecht, S. 61, m. Nachw. aus der Rechtsprechung.

3 TUREGG-KRAUS, aaO, S. 72, m. Nachw.

4 IMBODEN, Normenkontrolle, S. 148 f.

2. Abschnitt.

VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN - DIE ÜBERPRÜFUNG VON STAATSAKTEN DURCH DIE GERICHTE.

§ 7.

DIE GERICHTSKONTROLLE VON STAATSAKTEN ALS GEWALTENTEILUNGSPROBLEM.

Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von Rechtsvorschriften stellt einen Unterfall des übergreifenden Problemkreises der gerichtlichen Überprüfung von Hoheitsakten dar. Diese Überprüfung kann unmittelbar oder mittelbar erfolgen, je nachdem eine ausdrückliche Entscheidung gerade über die Rechtmäßigkeit des Hoheitsakts zu treffen ist oder die Rechtmäßigkeit lediglich als Vorfrage einer anderen Rechtsfrage einschlußweise geprüft wird [1].

1. Die Überprüfung von Akten anderer Gewalten durch die Gerichte betrifft das Verhältnis der Gewalten zueinander, die Gewaltenteilung [2]. Solange die Gerichte nur über die Rechtmäßigkeit von Handlungen Privater in der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu entscheiden hatten, konnte sich die Gewaltenteilungsfrage nicht stellen [3]. Aber schon bei den verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen, die den Kern des klassischen Verwaltungsprozesses bilden, war der Gewaltenteilungsaspekt unvermeidlich. Denn hier kann der Rechtsschutz nur durch die Überprüfung des Verwaltungshandelns gewährt werden [4]. Es ist weithin anerkannt, daß die mittelbare und unmittelbare Kontrolle [5] von VA wie von Legislativakten das Gewaltenteilungsproblem berühren [6].

---

1 BETTERMANN, Grundrechte, III/898, wie er schon ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 4 zu Art. 13, vgl. dazu im ganzen oben § 2.

2 BETTERMANN, aaO, S. 530.

3 In den Rechtsmittelverfahren der gerichtlichen Instanzenzügen werden zwar ebenfalls Hoheitsakte überprüft, jedoch ist dieser Vorgang als Intraorgankontrolle (LOEWENSTEIN) gewaltenteilungsindifferent.

4 Vgl. MENGER, System, S. 165, anders DÜRIG, GG, Rdnr. 7 zu Art. 19 IV, dazu bereits oben S. 17 Anm. 2. - Daß die Anfechtung von VA einen Übergriff der Rechtsprechung in den Exekutivbereich bedeutet, ist so offensichtlich, daß es unverständlich bleibt, warum im Streit um die Zulässigkeit vorbeugender Unterlassungsklagen im Verwaltungsprozeß (dazu zuletzt HOFFMANN, BayVBl. 62/72 ff., 101 ff., m. Nachw.) dem Übergriffsargument so große Bedeutung beigemessen wird. (Zum Übergriffsgehalt des Verwaltungsprozesses allgemein vgl. BETTERMANN, aaO, S. 783, JESCH, Bindung, S. 98, RUPP, DVBl. 58/118).

5 Also Inzident- und Prinzipalkontrolle.

6 Zur Kontrolle von VA vgl. vor allem JESCH, S. 107 aaO, aber auch BETTERMANN, aaO, S. 898, 902 f.; zur Gesetzeskontrolle durch Gerichte vgl. BETTERMANN, aaO, S. 898 ff., v.HIPPEL, HdbDStR, II/552,

2. Die Befugnis der Gerichte zur Überprüfung von Hoheitsakten anderer Gewalten ist nicht lediglich eine Frage der Wirkung dieser Akte [1]. Vielmehr betrifft sie die Bindung einer Gewalt an die Akte der anderen, also die gegenseitige Anerkennung von Hoheitsakten im Verhältnis der Gewalten untereinander [2]. Sie berührt mithin nicht das materielle Recht der fehlerhaften Staatsakte, sondern die staatliche Zuständigkeitsordnung [3]. Ob und welche Gerichte zur Überprüfung bestimmter Hoheitsakte berufen sind, kann deshalb von der Ausgestaltung der Rechtsfolgen fehlerhafter Akte her nicht beantwortet werden [4]. Deswegen ist es nur in einem übertragenen Sinne richtig, das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Rechtsvorschriften mit dem "Geltungsanspruch" [5] oder der "Wirkung" der Verfassung [6] zu erklären.[7]

Im System des geltenden Normenkontrollrechts beruht die Befugnis zu gerichtlicher Direktkontrolle wie auch sonst im Normprüfungsrecht stets auf einem Akt ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung (Zuständigkeitsnorm). Die durch unmittelbare Überprüfung von Hoheitsakten ausgeübte Direktkontrolle von Gesetzgebung und Exekutive erfolgt in unserer durch getrennte und spezialisierte Rechtsprechungszweige gekennzeichneten Gerichtsbarkeit durch die Verfassungs- und Verwaltungsgerichte [8]. Überall dort, wo durch entsprechende Zuständigkeitsbestimmungen die Gerichte zur Direktkontrolle bestimmter Hoheitsakte ermächtigt sind, besteht eine Bindung dieser Gerichte an die jeweils zu überprüfenden Akte nicht. Die nur mittelbare Kontrolle von Hoheitsakten durch die Gerichte kann dagegen in allen Rechtsprechungszweigen ausgeübt werden, wenn im Ein-

---

MENGER, System, S. 96, SPANNER, Prüfung, S. 49, THOMA, HdbDStR, II/142 ff., 233 ff., TRIEPEL, VVDStRL 5/12 ff.; zur Gesetzeskontrolle durch die Verwaltung vgl. BACHOF, AöR 87/14, HOFFMANN, JZ 61/204 ff., je m. Nachw.

1 Obwohl freilich eine Wirkungslosigkeit, die von niemandem festgestellt werden kann, im Grunde doch keine ist.

2 JESCH, Bindung, S. 106, unter Hinweis auf KRUSCH, Wesen, S. 56 und POHLE, ZgesGenW 3/335 ff.

3 Vgl. oben S. 21.

4 Vgl. oben S. 21, zur Abhängigkeit im "Wie" der Prüfung vgl. S. 19.

5 So BACHOF, Richtermacht, S. 18.

6 So BÖTTICHER, Bindung, S. 520 f., BÜHLER, DJZ 21/582, MORSTEIN MARX, Variationen, S. 97, THEISEN, AöR 8/270.

7 Vgl. auch die zutreffende Bemerkung von JESCH, AöR 82/245, daß Vorrang und Vorbehalt für die Erkenntniszuständigkeit unergiebig sind.

8 BETTERMANN, Grundrechte, III/898. - Ausnahmen bestehen noch für das Amtshaftungs- und Enteignungsrecht (Art. 34, 14 GG).

zelfall die richterliche Entscheidung von der Vorfrage der Wirksamkeit eines Hoheitsaktes abhängt [1]. Da es in unserer Rechtsordnung an einer ausdrücklichen Regelung der gerichtlichen Inzidentkontrolle fehlt, so ist aus der konkreten Verfassungslage zu ermitteln, ob und inwieweit die Gerichte an die Hoheitsakte der anderen Gewalten gebunden sind.

3. Als Gewaltenteilungsproblem ist die gerichtliche Normenkontrolle vor allem eine verfassungsrechtliche Frage [2]. Sie betrifft das Grundverhältnis der rechtsprechenden zu den übrigen Staatsgewalten und damit die Verfassungsstruktur als ganzes in einem entscheidenden Punkte. Es wird bisweilen behauptet, daß die Normenkontrolle ausschließlich eine Angelegenheit des Gerichtsverfassungs- [3] oder des gerichtlichen Verfahrensrechts sei [4]. Das trifft nicht zu. Mag sie auch unverkennbar auf Gerichtsverfassung und Verfahren einwirken, so ist diese Einwirkung doch nichts anderes als die Reflexwirkung des Verfassungsrechts, wie sie auch von anderen Verfassungsvorschriften, etwa den Art. 101 ff. GG bekannt ist. Versteht man mit der h. M. [5] unter materiellem Verfassungsrecht die Gesamtheit der Rechtssätze mit Integrationsfunktion, so kann an der Zugehörigkeit der Grundentscheidungen über die Normenkontrolle zum materiellen Verfassungsrecht kein Zweifel bestehen.

Wie das Verhältnis der Rechtsprechung zu Gesetzgebung und Exekutive im einzelnen ausgeformt ist, kann "dem" Gewaltenteilungsgrundsatz nicht entnommen werden. Ein starres, vorgegebenes "Prinzip", ein Patentschema der Gewaltenteilung sozusagen gibt es nicht [6]. Die Verfassungsgeschichte zeigt Beispiele für gewaltenteilende Verfassungen mit und ohne Gerichtskontrolle von Staatsakten [7]. Die Frage nach dem Verhältnis der Gewalten kann daher mangels ausdrücklicher Regelung immer nur aus der konkreten Gesamtordnung beantwortet werden, die eine bestimmte Verfassung für eine bestimmte Zeit gibt [8].

---

1 Vgl. oben S. 9 f.

2 So vor allem FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 9, wie er auch MENGER, System, S. 96, BÖTTICHER, Bindung, S. 520, BVerfGE 4/189.

3 KLEINRAHM, DVBl. 50/300, MÜLLER, DVBl. 62/160.

4 BETTERMANN, Grundrechte, II/899, MÜLLER, DVBl. 62/160, 164.

5 So BACHOF, Verfassungsnormen, S. 26, MAUNZ, Staatsrecht, S. 38, C.SCHMITT, Verfassungslehre, S. 11, 16 ff., u. a.

6 BACHOF, AöR 87/14, ähnlich bereits JESCH, Bindung, S. 107.

7 BACHOF, aaO, auch ENGELHARDT, JöR 8/102 ff.

8 BACHOF, aaO, JESCH, aaO.

4. Stellt auch die Normenkontrolle unter dem Gewaltenteilungsgesichtspunkt eine verfassungsrechtliche Materie dar, so besteht nach deutschem Verfassungsrecht doch kein Zweifel daran, daß auch der einfache Gesetzgeber sie ohne weiteres zu regeln befugt ist, weil nach einem ungeschriebenen Grundsatz nicht alle Sätze des materiellen Verfassungsrechts auch in der Verfassungsurkunde enthalten sein müssen [1]. Es ist daher zulässig, daß der Gesetzgeber in dem durch das formelle Verfassungsrecht nicht ausdrücklich und abschließend geregelten Bereich des Normenkontrollrechts ohne besondere verfassungsrechtliche Ermächtigung tätig wird.

5. Vom Standpunkt der Gewaltenteilung aus ist es nur ein äußerer, verfahrensmäßiger Unterschied, ob die Rechtmäßigkeit eines Hoheitsaktes nur einschlußweise oder aber als Hauptsache geprüft wird. Die gerichtliche Befugnis zur Inzidentkontrolle und zur Prinzipalkontrolle sind daher nur Modalitäten derselben Kontrollbefugnis der Gerichte über die Hoheitsakte der anderen Gewalten, d. h. Erscheinungsformen der richterlichen Prüfungsbefugnis als solcher [2]. Das scheint wohl auch die Auffassung der h. M. vom Verhältnis von Inzident- zu Prinzipalkontrolle zu sein, wiewohl sie sich im allgemeinen nur undeutlich darüber ausläßt. So wird etwa gesagt, die abstrakte Normenkontrolle [3] "führe auch in das Gebiet des richterlichen Prüfungsrechts" [4], oder zwischen beiden bestehe ein "innerer Zusammenhang" [5] oder ein "enger systematischer Zusammenhang" [6]. Auch die Autoren [7], die die Normenkontrolle der Verfassungsgerichte nach Art. 100 Abs. 1 GG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften als eine "Konzentration des richterlichen Prüfungsrechts" darstellen, dürften der Sache nach mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmen.

---

1 Vgl. C.ARNDT, AöR 87/200 f., m. Nachw.

2 Zur Terminologie vgl. unten S. 46.

3 D. h. die Prinzipalkontrolle im Sprachgebrauch dieser Arbeit.

4 SCHOEN, DÖV 51/399. "Richterliche Prüfungsbefugnis" ist hier in der traditionellen Bedeutung für "Inzidentkontrollbefugnis" verwendet.

5 GEIGER, BVerfGG, Vorbem. vor § 78.

6 MAUNZ, Staatsrecht, S. 239.

7 KLEINRAHM, DVBl. 50/298 f., ULE, DVBl. 53/13, u. a.

§ 8.
DIE RICHTERLICHE PRÜFUNGSBEFUGNIS ALS BUNDESSTAATLICHES PROBLEM.

Der gerichtlichen Normenkontrolle kommt nicht nur unter dem Blickwinkel der Gewaltenteilung verfassungsrechtliche Qualität zu. Auch unter dem Aspekt der Gesetzgebungsbefugnis ist sie im Bundesstaat von vornehmlich verfassungsrechtlicher Bedeutung. Es ist zu klären, ob und in welchem Umfang der Zentralstaat oder die Gliedstaaten über das Ob und Wie der Normenkontrolle entscheiden können, mit anderen Worten: wem die Gesetzgebungsbefugnis darüber zusteht.

1. Den einfachsten Weg dieser Klärung, eine ausdrückliche Regelung der Gesetzgebungsbefugnis über die Normenkontrolle, hat das GG, wie schon die Verfassungen vor ihm, nicht beschritten. In Verfassungspraxis und -lehre wird aber allgemein davon ausgegangen, daß sowohl der Bund als auch die Länder auf diesem Gebiet gesetzgebungsbefugt sind. Von der Gesetzgebungsbefugnis her gesehen zerfällt mithin das Normenkontrollrecht in einen Bundes- und einen Landesbereich. Weiterhin ist man sich im großen und ganzen darüber einig, daß der Bundesbereich die Kontrolle von Bundes- und Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts, der Landesbereich die Kontrolle des Landesrechts am Maßstab des Landesrechts umfaßt. In diesem freilich noch recht allgemeinen Ergebnis erschöpft sich freilich die Übereinstimmung. Sowohl dessen verfassungsrechtliche Begründung als auch der Umfang der Bund und Länder im Einzelfall jeweils zustehenden Befugnisse sind Gegenstand zahlreicher Meinungsverschiedenheiten.

Bei der verfassungsdogmatischen Ableitung der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung im Hinblick auf die Normenkontrolle lassen sich zwei Richtungen feststellen. Die von FRIESENHAHN [1] vertretene unternimmt den Versuch, gegenüber der als primär angenommenen Gesetzgebungsbefugnis des Bundes die Regelungsbefugnis der Länder im Landesbereich der Normenkontrolle nachzuweisen. Die andere, vertreten durch ULE [2], will die Kompetenz des Bundes im Bundesbereich der Normenkontrolle gegenüber der wegen Art. 30, 70 Abs. 1 GG als selbstverständlich verstandenen Gesetzgebungsbefugnis der Länder begründen. Diesem Antagonismus in der Begründung des gleichen Ergebnisses ist in folgendem nachzugehen.

---

1 Verhältnis, S. 1 ff.

2 AöR 82/129 f.

2. Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, wenn das GG dem Bund eine Gesetzgebungsbefugnis nicht verleiht. Eine Gesetzgebungsbefugnis ist dem Bund jedenfalls dann verliehen, wenn der zu regelnde Gegenstand im Gesetzgebungskatalog der Art. 73 ff. GG ausdrücklich genannt ist oder unter eine der dort angeführten Materien fällt. Die Normenkontrolle ist weder ausdrücklich angeführt noch fällt sie unter eine der aufgezählten Gesetzgebungsmaterien. Von den einzelnen Enumerationen des Gesetzgebungskatalogs ist hier ohnehin nur das als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Nr. 1 GG erwähnte Recht der Gerichtsverfassung und des gerichtlichen Verfahrens einschlägig. Die Normenkontrolle gehört aber, wie oben gezeigt worden ist [1], nicht zum Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht, sie wirkt sich nur auf Gerichtsverfassung und Verfahren aus. Im übrigen betrifft der Zuständigkeitskatalog der Art. 73 ff. GG grundsätzlich materielles Verfassungsrecht [2]. Durch die bundesrechtliche Regelung des Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrechts durch GVG, VwGO und die übrigen Verfahrensgesetze ist deshalb die Gesetzgebungsbefugnis der Länder über das Normenkontrollrecht nicht aufgehoben worden [3]. Aber auch außerhalb des Zuständigkeitskatalogs ist eine ausdrückliche Zuständigkeitsbegründung für den Bund nicht zu finden. Insbesondere geht das GG in seinem 9. Abschnitt über die Rechtsprechung nicht auf die Befugnis zur Regelung der Normenkontrolle ein, wie überhaupt das Schwergewicht dieses Abschnitts auf materiellrechtlichem Gebiet liegt [4].

3. Das Fehlen einer ausdrücklichen Zuständigkeitsbestimmung legt den Rückgriff auf die Regel des Art. 70 Abs. 1 GG nahe [5]. Versteht man mit einer beachtlichen Meinung [6] unter "verleihen" im Sinne dieser Vorschrift das Erfordernis ausdrücklicher Kompetenzzuweisung, so muß, weil eine solche für den Gesetzgebungsgegenstand der Normenkontrolle fehlt, die Regelungsbefugnis dafür in toto, also ohne Rücksicht darauf, welche Gegenstandsnorm an welcher Maßstabsnorm geprüft wird, bei den Ländern

---

1 S. 35. 2 Dazu KALKBRENNER, DVBl. 62/695 f.

3 KALKBRENNER, aaO, übersieht die Zuständigkeitsfrage, die stets mit der materiellen Rechtsanwendung verbunden ist.

4 HAMANN, GG, Vorbem. vor Art. 92.

5 Art. 70 GG ist lex specialis zu Art. 30 GG (MAUNZ, GG, Rdnr. 29 zu Art. 70).

6 HAMANN, aaO, Anm. B 6 zu Art. 30, MAUNZ, Staatsrecht, S. 120 und GG, Rdnr. 30 zu Art. 70, NAWIASKY, Grundgedanken, S. 118.

liegen. Die Annahme einer derart umfassenden Länderzuständigkeit stößt jedoch sofort auf durchgreifende Bedenken. Zwar kann nichts dagegen eingewendet werden, daß jedes Land die Kontrolle seines Rechts am Maßstab des Landesrechts selbst gestaltet. Wo aber Landes- und erst recht Bundesrecht anhand bundesrechtlicher Maßstabsnormen zu prüfen sind, kann offenbar nur eine bundeseinheitliche, nicht bloß auf das Gebiet eines Landes beschränkte Regelung genügen. Eine Bundeszuständigkeit zur Normierung der Normenkontrolle in dem zuletzt genannten Umfang kann es aber nur dann geben, wenn auch eine implizit begründete Kompetenzzuweisung den Anforderungen des GG genügt und auch nachzuweisen ist. Damit ist das umfangreiche Problem der ungeschriebenen Bundeszuständigkeiten angeschnitten [1]. Im Rahmen dieser Arbeit kann es in voller Breite nicht erörtert werden, es muß kurz folgendes genügen:

a) Weder dem Wortlaut des Art. 70 Abs. 1 GG noch einem Vergleich mit Art. 30 GG kann entnommen werden, daß eine ausdrückliche Verleihung gefordert ist. Es könnte höchstens aus der Struktur der Zuständigkeitsverteilung insgesamt [2] gefolgert werden, daß die Verleihung grundsätzlich [3], aber deshalb eben nicht in jedem Falle ausdrücklich erfolgen muß. Jedoch kommt es darauf nicht eigentlich an. Geht man nämlich mit der wohl h. M. [4] davon aus, daß die Art. 30, 70 Abs. 1 GG den Ländern Befugnisse nicht verleihen, sondern vielmehr originäre Befugnisse der Länder zugunsten des Bundes beschränken [5], so kann es sich

1 Darüber ist schon unter der RV und der WRV gestritten worden, vgl. etwa ANSCHÜTZ, HdbDStR I/363, 367, TRIEPEL, Kompetenzen, S. 249 f.

2 Nach der eine Vermutung für die Zuständigkeit der Länder streitet, vgl. MAUNZ, GG, Rdnr. 12 zu Art. 70.

3 Vgl. BVerfGE 3/411, aber auch MAUNZ, aaO, Rdnr. 30 zu Art. 70.

4 HAMANN, GG, Einl. I D 6 und Anm. B 2 zu Art. 30, MAUNZ, aaO, Rdnr. 9 zu Art. 30, BVerfGE 1/34, 4/127 ff., 6/360.

5 A. A. vor allem KLEIN in v.MANGOLDT-KLEIN, GG, Anm. III 3 a i. V. m. III 2 zu Art. 30, dazu auch BARBEY, DÖV 60/566. - KLEIN's Meinung gründet auf der Annahme, daß andernfalls das GG nur als Verfassung des Zentralstaats und nicht der Bundesrepublik gelten könne und daß dadurch auch die Befugnis des Grundgesetzgebers zur Gestaltung der Bundesrepublik insgesamt geleugnet werde. Beides trifft nicht zu. Die originäre Staatsgewalt der Länder steht der Gesamtregelungsbefugnis nicht im Wege, und es spricht nichts dafür, daß das GG die ursprüngliche Staatlichkeit der Länder habe beseitigen wollen. Die Meinungsverschiedenheiten um den dem GG zugrunde liegenden Bundesstaatsbegriff können hierbei ausgeklammert werden. Dazu zuletzt HERZOG, DÖV 62/81 ff., KÖLBLE, DÖV 62/583 ff., SCHMIDT, AöR 87/253 ff., je mit eingehenden Nachweisen, vgl. aber jetzt auch BVerfGE 13/77.

folgerichtig nur um solche Befugnisse handeln, die den Ländern auch dann zustehen würden, wenn sie nicht in einem Bundesstaat zusammengeschlossen wären. Befugnisse, die erst durch den Zusammenschluß der Länder im Bund erforderlich werden, fallen daher nicht unter die in Art. 30, 70 Abs. 1 GG gemeinten Zuständigkeiten. Für sie gelten diese Vorschriften nicht, vielmehr bestimmt sich hier die Kompetenz nach der materiellen Zuordnung des zu regelnden Gegenstandes in die Bundessphäre. Aber auch wenn man die originäre Staatsgewalt der Länder nicht anerkennt, so folgt doch aus der Bundesstaatlichkeit der Bundesrepublik die Zulässigkeit innominierter Bundeszuständigkeiten. Die Bundesrepublik ist ein Bundesstaat des föderativen Typus, der durch die volle Eigenstaatlichkeit seiner Gliedstaaten wie durch die Eigenstaatlichkeit des Gesamtstaats gekennzeichnet ist [1]. Die Eigenstaatlichkeit der Länder erfordert, daß jedem Gliedstaat ein Bereich eigenständigen Verfassungsrechts zukommt [2]. Die Verfassungsautonomie der Gliedstaaten gehört mithin zum Wesen der Bundesstaatsform. Die Eigenstaatlichkeit der Länder findet ihr Korrelat in der Eigenstaatlichkeit des Bundes; auch er ist ein voller, selbständiger Staat [3]. Aus der Eigenstaatlichkeit je von Gesamtheit und Gliedern ergibt sich zwingend als Grundsatz bundesstaatlicher Aufgabenverteilung, daß jedes Bundesland seine Verfassungsordnung selbst gestaltet [4], aber auch der Bund die eigene, zu der vor allem auch die aus der Eingliederung der Länder in den Bund entspringenden Aufgaben gehören.

b) Im Streit um die Zulässigkeit ungeschriebener Bundeszuständigkeiten ist damit für die Zulässigkeit Stellung genommen [5]. Ohne daß an dieser Stelle auf die in Einzelheiten ebenfalls ungeklärten zuständigkeitsbegründenden Sachverhalte der "Natur der Sache", des "Sachzusammenhangs", der "implied powers" u. a. näher eingegangen werden müßte, genügt die

---

1 MAUNZ, Staatsrecht, S. 166, BVerfGE 1/34, 4/189. Zur Eigenstaatlichkeit der Länder als Voraussetzung einer Landesverfassungsgerichtsbarkeit vgl. FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 2 f.

2 FRIESENHAHN, aaO, S. 47 f., auch MAUNZ, GG, Rdnr. 4 ff. zu Art. 20, m. Nachw.

3 Unstr., vgl. dazu die Präambel des GG.

4 FRIESENHAHN, aaO, S. 47 ff.

5 Ebenso ACHTERBERG, AöR 86/63 ff., KATZENSTEIN, DÖV 58/596, KÜCHENHOF DVBl. 51/585 ff., 617 ff. und AöR 82/413, ULE, AöR 82/130, ferner BVerfGE 3/411 ff., 11/17, 98 f., 12/250. Für die Weimarer Republik vgl. die Nachw. bei v.HIPPEL und VOIGT, VVDStaL, Heft 10.

Feststellung, daß es natürliche, aus dem Wesen der verfassungsmäßigen Organisation des Bundes folgende Aufgaben gibt, die von den Ländern nicht bewältigt werden können [1]. Für ihre Erledigung ist die Zuständigkeit des Bundes auch ohne ausdrückliche Zuweisung gegeben [2].

Auf die Normenkontrolle gewendet ergibt der oben gefundene Grundsatz der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung im Verfassungsbereich die Bestätigung der herrschenden Meinung und Praxis der Aufteilung des Normenkontrollrechts in einen Bundes- und einen Landesbereich mit entsprechender Bundes- und Landesgesetzgebungsbefugnis. Die Länder gestalten die Normenkontrolle im Landesbereich, weil dies eine Aufgabe ihrer Verfassungsorganisation ist. Der Bund seinerseits regelt die Kontrolle von Bundesrecht an Bundesrecht; er regelt aber auch die Kontrolle von Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts, weil dies eine Aufgabe darstellt, die aus der Eingliederung der Länder in den Bund erwächst und folglich nicht mehr den Länderaufgaben zuzurechnen ist [3].

4. Die Aufteilung der Normenkontrolle in einen Bundes- und Landesbereich mit entsprechender Regelungszuständigkeit wird durch folgende Überlegungen induktiv bestätigt:

a) Unter der Geltung der §§ 25 der ehemaligen süddeutschen VGG'e ist überwiegend die Ansicht vertreten worden, daß diese Vorschriften lediglich zur Kontrolle des untergesetzlichen Landesrechts, nicht aber auch des untergesetzlichen Bundesrechts berechtigen [4]. Trotz der im einzelnen abweichenden Begründungen ist den Vertretern dieser h.M. der

---

1 Und zwar auch nicht in gleichlautenden Vorschriften. Vgl. dazu BVerfGE 3/422.

2 Umgekehrt kann die bundesstaatliche Struktur auch zu einer ungeschriebenen Beschränkung geschriebener Zuständigkeiten führen. Zu der vor allem im nordamerikanischen Staatsrecht entwickelten Lehre von den implied limitations vgl. KRUSE, ArchVR 4/169 ff.

3 Im Ergebnis wie hier zuletzt ZULEEG, DVBl. 63/322, der ausdrücklich, wenn auch ohne nähere Begründung hervorhebt, daß der Landesgesetzgeber nicht in der Lage ist, über die Gültigkeit seiner Normen im Rahmen der bundesstaatlichen Ordnung zu bestimmen.

4 LECHNER, BVerfGG, Anm. 7 a zu § 13 Ziff. 6, KRATZER, DÖV 54/45, SCHOEN, Normenkontrolle, S. 415 f. und DÖV 54/45, ULE, AöR 82/129, WüBaVGH, ESVGH 1/68 und VerwRspr. 7/365, BayVGH, BayVBl. 56/283; a. A. EYERMANN-FRÖHLER, VGG, Anm. I 2 a zu § 25 und HOLDEGEL, DÖV 54/209.
Die Frage ist erst nach dem Inkrafttreten des GG akut geworden, weil zuvor die Gesetzgebungsbefugnis der Länder ohne bundesstaatliche Beschränkungen war, die Länder aber auch über die Gegenstände der ehemaligen Reichs- und der späteren Bundesgesetzgebung disponieren konnten.

Gedanke gemeinsam, daß die Landesgewalt nicht über Ob und Wie der Kontrolle von Legislativakten des Bundes entscheiden kann [1]. Da aber eine ausdrückliche Zuständigkeitsnorm für eine Gesetzgebungsbefugnis des Bundes im Bundesbereich der Normenkontrolle fehlt, ist die geschilderte Ansicht nur auf dem Boden der Zulässigkeit ungeschriebener Bundeszuständigkeiten verständlich.

Ein ähnliches Problem war bereits zur Zeit der Weimarer Republik aktuell. Damals bestimmte § 72 der Verfassung des Freistaats Bayern, daß die mit der Rechtspflege betrauten Behörden zu prüfen hatten, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reiches, der bayerischen Verfassung oder einem anderen Verfassungsgesetz in Widerspruch stand. Dazu ist in Bayern die Meinung vertreten worden, daß aus dieser Vorschrift positiv-gesetzlich ein Prüfungsrecht der bayerischen Behörden auch gegenüber Reichsrecht abzuleiten sei [2]. Dem ist v. HIPPEL [3] mit zutreffenden Zuständigkeitsbedenken entgegengetreten [4], obwohl die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen der des GG entsprach [5] und eine ausdrückliche Zuweisung an das Reich ebenfalls nicht vorlag.

b) Ein weiterer Hinweis auf die Richtigkeit des oben entwickelten Ergebnisses folgt aus der nahezu unangefochten h. M. [6] über die Zulässigkeit der Anfechtung von VA'en von Bundesbehörden vor den Verwaltungsgerichten der Länder nach dem alten, durch die VwGO beseitigten Landesverwaltungsprozeßrecht. Bevor durch § 11 BVerwGG, also durch ein Bundesgesetz klargestellt worden war, dass eine solche Anfechtung zulässig ist, war durchaus problematisch, ob die Ländergerichte auf der Grundlage der Landesgesetze über die Verwaltungsgerichtsbarkeit über VA'e des Bundes zu urteilen berufen sind. Die h. M. hat das vor

---

1 Zum Sonderproblem des Reichsrechts im Sinne der Art. 124, 125 GG vgl. die Rspr. des BayVerfGH, zuletzt in n. F. 10/15.

2 Vgl. v. HIPPEL, HdbDStR, II/559. 3 AaO.

4 Abweichend von Standpunkt dieser Untersuchung rechnet v. HIPPEL, aaO, in Übereinstimmung mit § 72 der Verfassung des Freistaats Bayern von 1919 die Kontrolle von Landesrecht am Maßstab des Reichsrechts zur Landeskompetenz.

5 Vgl. Art. 5 ff. WRV. Übereinstimmung besteht vor allem hinsichtlich der Gesetzgebungsbefugnis für Gerichtsverfassungs- und gerichtliches Verfahrensrecht.

6 Vgl. KOEHLER, BVerwGG, Anm. 1 zu § 11 und ULE, BVerwGG, Anm. I zu § 11, je mit weiteren Nachw.

allem unter Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 4 GG, aber auch auf Art. 92, 96 Abs. 1 GG bejaht. Sie ging folglich stillschweigend davon aus, daß die Gesetzgebungsbefugnis der Länder hinsichtlich der Direktkontrolle von Hoheitsakten des Bundes nur aufgrund einer besonderen bundesrechtlichen Zulassung möglich ist, obwohl gerade hier die Regel der Art. 30, 70 Abs. 1 GG bei einer Auslegung im strikten Wortsinn zu einer Zuständigkeit der Länder führen muß [1]. Die Art. 30, 70 Abs. 1 GG betreffen daher nicht solche Befugnisse, die sich auf die Verfassungsordnung des Bundes und die Einordnung der Länder in den Bund beziehen [2].

5. Der eingangs erwähnten h. M. über die Aufteilung des Normenkontrollrecht ist daher beizupflichten. Bund und Länder sind auf dem Gebiet der Normenkontrolle gesetzgebungsbefugt, und zwar der Bund für die Kontrolle von Bundes- und Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts, die Länder für die Kontrolle des Landesrechts am Maßstab des Landesrechts. Die Normenkontrolle zerfällt mithin im Hinblick auf die Gesetzgebungsbefugnis in einen Bundes- und einen Landesbereich. Bei systematischem Vorgehen hat sich ferner ergeben, daß es nach der Struktur der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Länder die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes ist, die eines besonderen Nachweises bedarf [3].

Bei der oben [4] entwickelten Aufgabenverteilung im Verfassungsbereich handelt es sich freilich nur um einen Grundsatz, der zum Nachteil der Länder Ausnahmen erfahren kann. Denn trotz der Verfassungsautonomie der Länder hat der Bund ein eigenes und unmittelbares Interesse an der Verfassungsordnung der Länder [5]. Das GG greift daher an verschiedenen Stellen unmittelbar in deren Verfassungsgefüge ein, sei es, daß es unmittelbar Landesverfassungsrecht setzt [6], sei es, daß es durch sog. Normativbestimmungen [7] nur die Gestaltungsfreiheit der Länder

1 Und zwar wenigstens zu einer konkurrierenden. Vgl. dazu die amtl. Begr. zum RegEntw. der VwGO, BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 24 f.

2 A. A. HOLTKOTTEN, GG, Anm. II 3 d zu Art. 142, der für die Zuständigkeit eines Landesgerichts die Herkunft des zu beurteilenden Hoheitsakts für grundsätzlich unerheblich hält.

3 Vgl. oben S.37.

4 S. 39 ff.

5 Etwa an der Homogenität der Gliedstaaten (vgl. Art. 28 Abs. 1 GG) oder ihrer inneren Befriedung (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG).

6 Vgl. MAUNZ, GG, Rdnr. 19 zu Art. 20.

7 FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 47 ff., MAUNZ, aaO, Rdnr. 2 ff. zu Art. 28 und Rdnr. 19 zu Art. 20.

begrenzt. So trifft das GG auch auf dem Gebiet der Normenkontrolle etwa in Art. 100 Abs. 1 GG eine Regelung, die den Landesbereich der Normenkontrolle berührt. Die konkrete Zuständigkeitsordnung der Gesetzgebung über das Normenkontrollrecht braucht sich daher nicht unbedingt mit der Unterscheidung Bundes- und Landesnormenkontrolle zu decken. Eine der wichtigsten Aufgaben der nachfolgenden Untersuchung wird es sein zu bestimmen, in welchem Umfang die Länder durch das GG in ihrer Gesetzgebungsbefugnis im Landesbereich der Normenkontrolle beschränkt sind [1].

---

1 Die Befugnis zur Reglung der Kontrolle von VA'en wird in dieser untersuchung ausgeklammert (vgl. dazu FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 10). Dafür hat sich die Verteilung der Gesetzgebungsbefugnis zwischen Bund und Länder historisch bedingt anders entwickelt. Eine nähere Untersuchung dieser Frage fällt aus dem Rahmen der vorliegenden Arbeit.

2. Teil.

DIE KONKRETE ZUSTÄNDIGKEITSORDNUNG.

Die im ersten Teil über die Grundlagen der Normenkontrolle und der bundesstaatlichen Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnisse gewonnenen Ergebnisse sind nachfolgend bei der Entwicklung und Darstellung der Zuständigkeitsordnung hinsichtlich der Normierung des Normenkontrollrechts im einzelnen auszuwerten. Es ist davon auszugehen, daß sowohl der Bund als auch die Länder gesetzgebungsbefugt sind. Es ist zu bestimmen, welche Grenzen das GG der Regelungsbefugnis der Länder im Bereich der Landesnormenkontrolle einerseits und welche Grenzen es der Regelungsbefugnis des Bundes im Bundesbereich der Normenkontrolle andererseits gezogen aht. Inzidentkontrolle und Prinzipalkontrolle werden hierbei getrennt behandelt.

1. Abschnitt.

DIE BEFUGNIS ZUR REGELUNG DER INZIDENTKONTROLLE VON RECHTSVORSCHRIFTEN DURCH GERICHTE.

§ 9.

BEGRIFF UND HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER INZIDENTKONTROLLE.

Unter Inzidentprüfungsbefugnis ist die Befugnis zu verstehen, alle bei der Rechtsanwendung auftretenden Normzweifel klären zu können [1]. Nach h. M.[2] ist das gerichtliche Verfahrensrecht beherrscht von dem ungeschriebenen Grundsatz, daß der Richter alle entscheidungserheblichen Vorfragen selbst entscheiden kann und muß, und zwar selbst dann, wenn die Vorfrage, wäre sie Hauptfrage, seiner Jurisdiktion nicht unterliegt Unerheblich dabei ist, ob die Vorfrage sich auf die tatsächlichen oder die rechtlichen Voraussetzungen der richterlichen Entscheidung bezieht und ob sie letztenfalls ein präjudizielles Rechtsverhältnis oder das anzuwendende objektive Recht betrifft. Dieser verfahrensrechtliche Satz kann, wie nach den Ausführungen über die gerichtliche Kontrolle

1 Vgl. oben S. 5 ff.

2 So BETTERMANN, Grundrechte, III/534, 899, BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO, Anm. C zu § 148 und B 2 zu § 1 GVG, v. HIPPEL, HdbDStR, II/562, JESCH, Bindung, S. 106 ff., KLEINKNECHT-MÜLLER, StPO, Anm. 1 zu § 153 a und 1 ff. zu § 262, SIEBERT, Prüfungszuständigkeit, S. 36.

von Hoheitsakten [1] feststeht, nur ein Satz des Verfassungsrechts sein, soweit aus ihm die Befugnis der Gerichte zur inzidenten Kontrolle von Legislativ- und Exekutivakten folgt.

1. Die Inzidentprüfung von Rechtsvorschriften umfaßt die Überprüfung in jeder Hinsicht, gleichgültig welchen Normzweifel es zu klären gilt. Nachfolgend von Bedeutung ist aber nur die Inzidentkontrolle, also die einschlußweise Gültigkeitsprüfung [2]. Unter gerichtlicher Inzidentkontrollbefugnis ist folglich nur die Befugnis der Gerichte zu verstehen, entscheidungserhebliches objektives Recht inzidenter auf seine Übereinstimmung mit der Rechtsordnung zu untersuchen und es - so jedenfalls in der traditionellen Wortbedeutung - im Falle der Nichtübereinstimmung nicht anzuwenden [3]. Die Inzidentkontrolle bezieht sich daher, allgemein betrachtet, ebenso wie die Inzidentinterpretation oder die Inzidentqualifikation, auf das Verhältnis des Richters zum Recht und ist damit Teil des umfassenden Problems der Rechtsanwendung [4].

Die richterliche Inzidentkontrolle weist Merkmale auf, die durch den sprachlichen Ausdruck nicht dargestellt werden. Hierbei ist weniger an den bekannten terminologischen Streit gedacht, der sich um die Bezeichnung dieser Befugnis als "Recht" entsponnen hat [5]. Vielmehr handelt es sich bei dieser Prüfungsbefugnis auch um eine Pflicht des erkennenden Richters, die in concreto mit dem Zweifel entsteht. Denn wo immer die Rechtsordnung den Richter ein Rechtsproblem zur Kenntnis nehmen läßt, zwingt sie ihn im Hinblick darauf zu einer Entscheidung, weil es für den Richter ein non liquet nicht geben kann [6].

---

1 S. 35 ff.

2 Ausgeklammert ist vor allem das Auslegungsproblem.

3 In der traditionellen Bedeutung umfaßt der Begriff die sog. Verwerfungsbefugnis, d. h. die Befugnis, die als fehlerhaft erkannte Vorschrift nicht anzuwenden. Dieses Moment wird in den Begriffsbestimmungen oft vernachlässigt (vgl. etwa ENGELHARDT, JöR 8/102, HAMANN, GG, Anm. A 1 zu Art. 110, MENGER, System, S. 95), sachlich aber wohl vorausgesetzt. Deutlich dagegen RGZ 111/322: "...außer Anwendung lassen."

4 THOMA, HdbDStR, II/235 f. Zu dem neuerdings aktuelle gewordenen Problem der Inzidentkontrolle von Rechtsvorschriften durch die Verwaltung vgl. BACHOF, AöR 87/1 ff. und HOFFMANN, JZ 61/193 ff., je mit ausführlichen Nachweisen.

5 Vor allem bei der häufig verwendeten Wortbildung "richterliches Prüfungsrecht", vgl. dazu MENGER, System, S. 89 und v. MANGOLDT, GG, S. 538, je m. Nachw., zum Begriff des Rechts oben S. 13 ff.

6 BACHOF, AöR 87/3 und 15.

2. Damit ist weiter deutlich geworden, daß der sprachliche Ausdruck auch in einer anderen bedeutsamen Hinsicht nicht genügt, soweit er nämlich nur von einer "Prüfung" spricht [1]. Die bloße Prüfung ist ohne Sinn, wenn sie nicht Anlaß zu einer Entscheidung des Prüfenden wird [2]. Im jüngeren Schrifttum wird die Prüfungsbefugnis daher zu Recht von einer mit ihr verbundenen Entscheidungsbefugnis unterschieden [3]. Diese kann entweder voll beim erkennenden Richter liegen, wenn dieser auch den Gültigkeitszweifel zu beheben befugt ist, oder aber sie kann sich darauf beschränken, die Entscheidung eines anderen Richters über den Normzweifel herbeizuführen. Die Letztentscheidungsbefugnis wird Verwerfungsbefugnis genannt [4]. Möglich ist auch eine Ausgestaltung derart, daß der inzident Prüfende gewisse Normzweifel selbst entscheiden kann, dagegen die Entscheidung anderer nur herbeiführen darf. Auf diese Art erfolgt die Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG und dessen landesrechtlichen Entsprechungen.

Da es im vorkonstitutionellen Recht ein prinzipales Normenkontrollverfahren nicht gegeben hat, das der Regelung des Art. 100 Abs. 1 GG entsprochen hätte, mußte die Entscheidungsbefugnis der Gerichte notwendig die Verwerfungsbefugnis sein. Angesichts des Entscheidungszwangs bestand für den befaßten Richter nur die Möglichkeit, den Gültigkeitszweifel selbst auszuräumen. Daraus erklärt sich begriffsgeschichtlich die Tatsache, daß zwischen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis bis in die jüngste Vergangenheit nicht scharf unterschieden wurde. Erst im Zusammenhang mit der vor kurzem entbrannten Diskussion um das Prüfungs-

1 Darauf hat vor allem BACHOF, AöR 87/15, insbesondere in Anm. 35, m. Nachw., hingewiesen.

2 BACHOF, aaO.

3 BACHOF, aaO, zuletzt ZUCK, DÖV 62/657, m. Nachw.

4 Wie die Letztentscheidung in einem besonderen und ausschließlich den Gültigkeitszweifel behandelnden Verfahren getroffen, so ist dieses Verfahren ein Prinzipalverfahren, zu dem die Inzidentkontrolle nur den Anlaß gegeben hat (vgl. oben S. 7 Anm. 2). - Nicht korrekt ist es, der Inzidentprüfungsbefugnis die Verwerfungsbefugnis schlechthin gegenüberzustellen, wie dies häufig der Fall ist. Genau genommen steht neben der Prüfungsbefugnis die Entscheidungsbefugnis, die entweder die Befugnis zur Verwerfung oder aber die Befugnis zur Beantragung einer Prinzipalkontrolle sein kann.

Bei der auf Richterantrag eingeleiteten Prinzipalkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG und dessen landesrechtlichen Entsprechungen kann man daher von einer nachträglichen Prinzipalkontrolle sprechen, wie man etwa im Verwaltungsprozeß die Anfechtungsstreitigkeiten als nachträgliche Verwaltungsstreitigkeiten bezeichnet. Im Gegensatz dazu ist das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ein ursprüngliches Prinzipalkontrollverfahren.

recht der Verwaltung [1] hat die Erkenntnis Raum gewonnen, daß es sich hier um eine notwendige und nicht bloß akademische Unterscheidung handelt und daß Prüfungs- und Verwerfungsbefugnis nicht unbedingt zusammenfallen müssen [2] - ein Ergebnis, das längst aus Art. 100 Abs. 1 GG hätte gewonnen werden können.

3. Ein sog. formelles Prüfungsrecht der Gerichte war nie streitig, wenngleich gesichert nur in der engen und selbstverständlichen Bedeutung, daß der Richter zunächst einmal bei der Rechtsanwendung festzustellen hat, ob eine Rechtsvorschrift überhaupt vorliegt [3]. Dagegen gehörte das sog. materielle Prüfungsrecht, verstanden als die Befugnis, Rechtsvorschriften auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit Vorschriften höheren Ranges zu prüfen [4], zu den zeitweilig umstrittensten Problemen des deutschen Staatsrechts.

a) Bereits im Kaiserreich ist diese Frage eingehend behandelt worden. Die damals wohl überwiegende Meinung [5] sah eine derartige Prüfungsbefugnis zwar gegenüber Rechtsverordnungen, nicht aber auch gegenüber formellen Gesetzen als gegeben an [6]. Unter der Geltung der WRV, die ebenso wie das Verfassungsrecht des Kaiserreiches eine ausdrückliche Regelung darüber nicht enthielt, wurde dann aber die unbeschränkte Inzidentprüfungsbefugnis gerade von der zuvor anders orientierten Rechtsprechung unter Führung des RG [7] gegen den erbitterten Widerstand eines bedeutenden Teiles der Rechtslehre [8] für die Gerichte durchgesetzt. Die Kontroverse beschränkte sich, wie schon in der vorhergehenden Verfassungsepoche [9], auf die Frage, ob die Gerichte befugt sind, ein for-

---

1 Vgl. oben S. 46 Anm. 4.

2 BACHOF, AöR 87/3 und 15.

3 LABAND, Staatsrecht, S. 45; zum formellen Prüfungsrecht im absoluten Staat vgl. G.MEYER, Staatsrecht, S. 440 f.

4 Die Prüfung der Übereinstimmung des früheren mit dem späteren gleichrangigen Recht, an sich auch eine Frage des materiellen Prüfungsrechts, war davon stets ausgenommen und unstreitig zulässig.

5 Vgl. LABAND, aaO, S. 44 f. Der Streit wurde unter dem Stichwort des richterlichen Prüfungsrechts geführt.

6 Vgl. RGZ 24/3 und 43/420 hinsichtlich von Rechtsverordnungen und RGZ 9/236 hinsichtlich formeller Gesetze.

7 Erstmals durch die bekannte Entscheidung vom 4. 11. 1919, RGZ 111/320 ff., weitere Nachw. bei ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 5 zu Art. 70.

8 Vor allem ANSCHÜTZ, aaO, Anm. 3 ff. zu Art. 70 und THOMA, HdbDStR, II/142 f.; Nachw. bei v. HIPPEL, HdbDStR, II/546 ff.

9 Vgl. LABAND, aaO, S. 44 ff.

melles Reichs- oder Landesgesetz auf seine Übereinstimmung mit der Reichs- oder Landesverfassung im Augenblick seines Erlasses (Fall der ursprünglichen Verfassungswidrigkeit) zu überprüfen [1]. Abgesehen von der unstreitig gebliebenen inzidenten Rechtsverordnungskontrolle [2], war man sich nach wie vor darüber einig, daß, vom Streitpunkt abgesehen, volle Inzidentkontrollbefugnis bezüglich aller übriger Normfehler selbst der formellen Gesetze bestand, so vor allem hinsichtlich der Kongruenz formeller Landesgesetze mit dem Reichsrecht [3]. Neben vorwiegend rechtspolitischen Bedenken gegen eine allgemeine Inzidentkontrolle [4] beruhte der Streit vor allem auf dem dogmatischen Umstand, daß der Verfassung ein Vorrang vor dem einfachen Gesetz weithin aberkannt wurde [5]. Unter der Voraussetzung der Gleichrangigkeit von Verfassung und formellem Gesetz kann sich die Frage der Verfassungswidrigkeit des formellen Gesetzes nicht erst stellen; es gelten in diesem Falle ausschließlich die Regeln der temporalen Normenkollision [6]. Erst der Vorrang der Verfassung gibt den rechtsdogmatischen Grund für die rechtspolitische Frage, ob der Richter oder wer immer sonst zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des formellen Gesetzes berufen ist.[7]

b) Gegen Ende der Weimarer Verfassungsepoche hatte sich die allgemeine und unbeschränkte Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte die h. M. erobert, jedenfalls im Reich [8]. In den Reichsländern verboten die Ver-

---

1 ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 5 zu Art. 70. Zulässig war deshalb immer die Anwendung der temporalen Kollisionsregeln.

2 RGZ 102/164, 107/379, ferner STIER-SOMLO, Staatsrecht, S. 697, vgl. dazu auch BVerfGE 1/198.

3 Für alle ANSCHÜTZ, aaO, Anm. 4 f. zu Art. 70 und Anm. 3 zu Art. 102, vgl. auch Anm. 1 zu Art. 13.

4 Dazu bereits oben s. 10 f.

5 Vgl. S. 22 Anm. 4.

6 Vgl. oben S. 24.

7 Wird die Befugnis zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit formeller Gesetzes verneint, so bleibt gleichwohl die andere Zuständigkeitsfrage zu beantworten, wer den Eintritt einer zeitlichen Normenkollision verbindlich festzustellen hat.

Soweit man unter der WRV die Befugnis zur Überprüfung der Reichsrechtmäßigkeit von Landesrecht aus Art. 13 Abs. 1 WRV abgeleitet hat (vgl. ANSCHÜTZ, aa/, Anm. 3 c zu Art. 102), hat man eine Norm des materiellen Rechtsquellenrechts mit einer Zuständigkeitsnorm verwechselt. Zur entsprechenden Vorschrift des Art. 31 GG vgl. oben S. 21 Anm. 5.

8 Zusammenfassend v. HIPPEL, HdbDStR, II/546, m. Nachw. Die Inzidentkontrolle formeller Gesetze hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit Verfassungsrecht ist aber immer streitig geblieben.

fassungen von Oldenburg [1] und Schaumburg-Lippe [2] ausdrücklich die Prüfung der Landesverfassungsmäßigkeit [3] von formellen Landesgesetzen [4]. In Bayern [5] war dagegen die volle Inzidentkontrolle auch der formellen Gesetze den Behörden, also nicht nur den Gerichten, von verfassungswegen aufgegeben. In der Mehrzahl der Länder [6] bestand, ebensowenig wie im Reich, eine ausdrückliche Regelung im einen oder anderen Sinne. Da sich die Verfassungslage in den Ländern von der im Reich nicht grundlegend unterschied, wurden auf Landesebene dieselben Überlegungen pro und contra wie im Reich angestellt und wurde im Ergebnis auch hier überwiegend die unbeschränkte Zulässigkeit der Inzidentkontrolle angenommen [7]. In der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft konnte die Inzidentkontrolle naturgemäß keine Rolle spielen [8].

---

1 § 36 der Verf.: "Die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündeter Gesetze steht nur dem Landtage zu,...."

2 § 47 der Verf.: "Die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündeter Gesetze steht nicht den Behörden, sondern ausschließlich dem Landtage zu."

3 Genauer: der ursprünglichen Landesverfassungswidrigkeit.

4 Vgl. dazu die berechtigte Kritik v. HIPPEL's, HdbDStR, II/559.

5 § 72 der Verf., dazu bereits oben S. 42.

6 Zur Normenkontrolle nach dem Entw. einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg vgl. v. HIPPEL, aaO.

7 V. HIPPEL, aaO.

8 Vgl. BVerfGE 1/194 und 403.

§ 10.

DIE KONTROLLFUNKTION DER RECHTSPRECHUNG GEGENÜBER GESETZGEBUNG UND VOLLZIEHENDER GEWALT.

1. Auch das GG erwähnt die gerichtliche Inzidentkontrolle mit keinem Wort. Zwar wird behauptet [1], daß die Verfassung wenigstens die Inzidentkontrolle formeller Gesetze in Art. 100 Abs. 1 GG geregelt hat, doch setzt diese Vorschrift die Inzidentkontrolle der Instanzgerichte nur voraus [2], behandelt sie explizit aber weder allgemein noch in Einzelheiten. Zudem befaßt sich Art. 100 Abs. 1 GG nur mit einer bestimmten Zuständigkeit des BVerfG und nicht mit dem allgemeinen Verhältnis der Rechtsprechung zu den anderen Staatsgewalten.

Gleicherweise verhält es sich mit den Landesverfassungen. Die Verfassungen von Baden-Württemberg [3], Bayern [4], Bremen [5], Hamburg [6], Hessen [7], Niedersachsen [8] und Rheinland-Pfalz [9], ebenso wie die der ehemaligen Bundesländer Baden [10] und Württemberg-Hohenzollern [11] betreffen die Inzidentkontrolle nur mittelbar über die Errichtung von Verwerfungsmonopolen der jeweiligen Verfassungsgerichte [12]. Lediglich Art. 92 Abs. 1 der Verfassung des ehemaligen Bundeslandes Württemberg-Baden [13] hatte ausdrücklich die Berechtigung der Gerichte zur einschlußweisen Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von Rechtsvorschriften erwähnt, während Art. 130 Abs. 3 der Verfassung von Rheinland-Pfalz in seiner ursprünglichen Fassung [14] die Inzidentkontrolle nur auf Rüge

---

1 Etwa BACHOF, AöR 87/1, KLEINRAHM, DVBl. 50/299, SIEBERT, Prüfungszuständigkeit, S. 46.

2 BETTERMANN und LECHNER, Grundrechte, III/900 und 660, KALKBRENNER, DVBl. 62/696, MÜLLER, DVBl. 62/160, u. a., vgl. auch BVerfGE 1/197.

3 Art. 68 Abs. 1 Nr. 3. 4 Art. 92. 5 Art. 142.

6 Art. 64 Abs. 4. 7 Art. 133. 8 Art. 42 Abs. 1 Nr. 3.

9 Art. 130 Abs. 3. 10 Art. 114. 11 Art. 62.

12 Außerdem unter Bezugnahme auf Art. 100 Abs. 1 GG: § 7 NRWVerfGHG vom 4.3.1952 (GVBl. S. 35, § 7 SaarlVerfGHG vom 17.7.1958 (ABl.S.735)

13 "Die Gerichte sind befugt, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, sowie die Gesetzmäßigkeit von Rechtsverordnungen...und VA'en nachzuprüfen."

14 "Im übrigen hat jedermann das Recht, in jedem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten oder Verwaltungsgerichten sich darauf zu berufen, daß ein Gesetz oder die Verfügung eines Staatsorgans verfassungswidrig sei. Das Gericht hat über die Rüge vorab zu entscheiden."

eines Verfahrensbeteiligten zugelassen hatte. Umgekehrt ordnet Art. 64 Abs. 2 der Verfassung von Berlin an, daß den Gerichten die Überprüfung der vom Abgeordnetenhaus beschlossenen Rechtsvorschriften verwehrt ist [1].

2. Trotz dieses Mangels an positiv-gesetzlicher Regelung [2] ist unstreitig, daß nach geltendem Bundes- und Landesverfassungsrecht [3] alle Gerichte unbeschränkt [4] zur inzidenten Kontrolle des von ihnen anzuwendenden Rechts berufen sind, und zwar vor allem auch hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit formeller Gesetze. Anders als noch unter der WRV [5] ist heute der Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetz gesichert [6]. Daneben hat sich mit den politischen Verhältnissen auch die Auffassung von der Stellung der rechtsprechenden Gewalt gegenüber den anderen Staatsgewalten geändert [7]. Diese veränderte Stellung zeigt sich am deutlichsten im Ausbau der gerichtlichen Direktkontrolle [8]. Gegenüber der vollziehenden Gewalt gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG lückenlos die richterliche Kontrollfunktion bei Verletzung subjektiver Bürgerrechte; entsprechende Vorschriften gelten in allen Ländern [9]. Ergänzt werden diese Generalklauseln durch die weitere und allgemein wohl verkannte des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG [10], so daß ein umfassender Rechtsschutz in der hier zugrunde gelegten weiten Wortbedeutung durch direkte Kontrolle der Exekutive besteht. Dagegen ist zwar die Direktkontrolle der Legislative nicht von Generalklauseln be-

---

1 "Die Gerichte sind nicht befugt, Gesetze und Verordnungen, die das Abgeordnetenhaus beschlossen hat, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen." - Trotz seines Wortlauts enthält aber Art. 64 Abs. 1 Hbg Verf. kein Prüfungsverbot, wie der Zusammenahng mit Abs. 2 ergibt.

2 Vgl. oben S. 51, Art. 64 Abs. 2 BerlVerf. einmal ausgenommen.

3 Und zwar trotz Art. 64 Abs. 2 BerlVerf., dessen Gültigkeit übereinstimmend verneint wird (BACHOF-JESCH, JöR 8/52, BETTERMANN, Grundrechte, III/901, m. Nachw. und ZZP 72/34, FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 10 und wohl auch LECHNER, Grundrechte, III/687).

4 Und zwar unbeschränkt nach Prüfungsmaßstab und -gegenstand.

5 Vgl. oben S. 22 Anm. 4.

6 Vgl. oben S. 22 Anm. 4.

7 Für alle BACHOF, Richtermacht, durchgehend.

8 Zur Direkt- und Indirektkontrolle allgemein BETTERMANN, Grundrechte, III/898 ff.

9 Art. 67 Ba-WüVerf., Art. 93, 120 BayVerf., Art. 72 BerlVerf., Art. 141 BremVerf., Art. 61 HbgVerf., Art. 2 Abs. 3 HessVerf., Art. 41 NdsVerf., Art. 74 Abs. 1 NRWVerf., Art. 124 RhPfVerf., Art. 20 SaarlVerf.

herrscht, doch gibt es in Bund und Ländern zahlreiche Prinzipalverfahren, durch die auch die Gesetzgebung weitgehend unmittelbarer gerichtlicher Kontrolle unterstellt ist.

3. Aus dieser umfassenden Direktkontrolle ergibt sich freilich nicht schon auch die Zulässigkeit einer Inzidentkontrolle in gleichem Umfang. Der Mangel ausdrücklicher Regelung kann nur durch den sich aus der Verfassung insgesamt ergebenden Befund behoben werden [1]. Das GG organisiert den Staat in Bund und Ländern nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung, die als tragendes Organisationsprinzip des GG [2] über Art. 79 Abs. 3 GG sogar der Verfassungsänderung entzogen ist [3]. Die Bedeutung des Grundsatzes liegt nach der zutreffenden Feststellung des BVerfG [4] in der Mäßigung der Staatsherrschaft durch das Mittel der Verteilung der Macht. Aus ihm wird daher die Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit der gerichtlichen Inzidentkontrolle zu gewinnen sein. Allerdings ist die Gewaltenteilung kein starres, von vornherein in Einzelheiten festliegendes Organisationsschema, sondern, als Prinzip, durchaus variabel in seiner Realisierung, und kann in seiner jeweiligen Ausformung nur aus der konkreten Verfassungsordnung erfaßt werden [5].

Das Gewaltenteilungsbild des GG ist das der Gewaltenhemmung durch gegenseitige Kontrolle der Gewalten [6]. Das beweisen die zahlreichen, hier nicht im einzelnen anzuführenden, von verfassungswegen vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten aus dem Bereich einer Gewalt in den der anderen. Abgesehen von den erwähnten Kontrollen durch die Rechtsprechung wird die Exekutive durch die Gesetzgebung [7], aber auch umgekehrt die Gesetzgebung durch die Exekutive überprüft [8]. Aus dem hieraus erkennbaren

---

10 Deren Bedeutung kann hier nur angedeutet werden: Art. 19 Abs. 4 GG gilt nur im status subjectionis (unstr.) und nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts (str., vgl. HAMANN, GG, Anm. B 13 zu Art. 19, m. Nachw.). Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG hat die Funktion, den restlichen Rechtsschutzbereich zu decken. A. A. DÜRIG, GG, Rdnr. 16 zu Art. 19 IV und BETTERMANN, aa/, S. 785 f.

1 JESCH, Bindung, S. 106 ff.

2 BVerfGE 3/247; allgemein dazu JESCH, aaO. 3 JESCH, aaO, S. 115.

4 AaO, vgl. auch 7/188, ferner HAMANN, GG, Einf. I D 7, m. Nachw.

5 BACHOF, AöR 87/14 f., wie er schon JESCH, aaO, S. 116 u. AöR 82/236.

6 BACHOF, aaO, JESCH, Bindung, S. 106, AöR 82/236 und Gesetz, S. 99, m. Nachw., vgl. auch BVerfGE 7/188.

7 JESCH, Gesetz, S. 99.

8 Und zwar durch ihre Antragsbefugnis bei gewissen Prinzipalverfahren. A. A. JESCH, aaO.

Grundverhältnis partieller Verzahnung der Gewalten spricht eine Vermutung für die Zulässigkeit der Inzidentkontrolle von Legislative und Exekutive durch die Rechtsprechung. Diese wird zur Gewißheit, sobald auf die Umstände abgehoben wird, unter denen das GG als Reaktion auf eine Zeit unkontrollierten Machtmißbrauchs entstanden ist [1]. Es kann deshalb nicht angenommen werden, daß der Grundgesetzgeber der Rechtsprechung geringere Befugnisse zuteilen wollte, als ihr bereits zur Zeit der Weimarer Republik zustanden [2]. Darüberhinaus hat der Grundgesetzgeber in Art. 100 Abs. 1 GG bei der Errichtung des Verwerfungsmonopols der Verfassungsgerichte die Inzidentkontrolle wenigstens der Gesetzgebung als selbstverständlich vorausgesetzt [3]. Außerdem hat er erstmals in der deutschen Verfassungsgeschichte in Art. 92 GG die Stellung der Gerichte institutionell und vor allem funktionell abgesichert und dadurch ihre Kontrolltauglichkeit auch organisatorisch gewährleistet. Die h. M. geht daher zu Recht von der umfassenden Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte in Bezug auf VA'e [4] und Rechtsvorschriften [5] aus [6].

4. Der Anerkennung der gerichtlichen Inzidentkontrolle im Landesrecht braucht im einzelnen nicht mehr nachgegangen zu werden; es kann hier pauschal auf die Ausführungen über die Verfassungslage im Bund verwiesen werden [7]. Das Prüfungsverbot des Art. 64 Abs. 2 BerlVerf. ist ein Einzelfall geblieben; die Gültigkeit dieser Vorschrift wird einhellig verneint [8]. Die Befugnis der Gerichte zur Inzidentkontrolle ist mithin auch im Landesbereich ausnahmslos anerkannten Rechts.

---

1 JESCH, Bindung, S. 118 ff.

2 Zur Kontrolle der Exekutive vgl. v. HIPPEL, HdbDStR, II/562, m. Nachw., zur Kontrolle der Legislative oben S. 48 ff.

3 Vgl. oben S. 51 und die Nachw. dort in Anm. 2.

4 Unstr., vgl. BETTERMANN, Grundrechte, III/534 ff., 902 ff., und JESCH, aaO, S. 106 ff., je m. weiteren Nachw.; über Voraussetzungen und Umfang der Inzidentkontrolle von VA'en vgl. JESCH, aaO, S. 121 ff und SIEBERT, Prüfungszuständigkeit, S. 37, 42 ff., dort auch S. 39 über die nicht immer einfache Abgrenzung von Haupt- und Nebenfrage.

5 Unstr., für alle BETTERMANN, aaO, S. 533, 898 ff.

6 Zu dem darin ausgedrückten "demokratischen Mißtrauen" vgl. oben S.1. Ob die Rechtsprechung wegen ihrer umfassenden Kontrollfunktion den anderen Gewalten vorgeordnet ist (vgl. dazu HAMANN, GG, Einf. I D 7, m. Nachw.), braucht hier nicht entschieden zu werden (vgl. aber dazu noch unten S. 61 f.).

7 Vgl. vor allem die oben S. 51 Anm. 3 ff. nachgewiesenen landesrechtlichen Entsprechungen zu Art. 100 Abs. 1 GG.

8 Vgl. oben S. 52 Anm. 3.

§ 11.

DIE REGELUNG DER GERICHTLICHEN INZIDENTKONTROLLE IM GG.

Der oben [1] nachgewiesene Grundsatz der Verteilung der Gesetzgebungsbefugnis zwischen Bund und Länder ergibt in Anwendung auf die im Bundesrecht wie im Landesrecht anerkannte Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte, daß der Bund im Bundesbereich, die Länder im Landesbereich der inzidenten Normenkontrolle gesetzgebungsbefugt sind, es sei denn, daß dieser Grundsatz von bundesverfassungswegen Ausnahmen erleidet. Das ist nachfolgend zu untersuchen.

1. Mag die Inzidentkontrolle allen oder nur bestimmten [2] Gerichten zustehen, so ist sie doch immer nur ein Bestandteil der allgemeinen richterlichen Gewalt oder der richterlichen Gewalt jener bestimmten Gerichte. Keinesfalls ist sie eine selbständige Gerichtsbarkeit oder Teil einer solchen. Unabhängig von allem Streit um den materiellen Rechtsprechungsbegriff kann als sicher gelten, daß nur die Befugnis zum verselbständigten Ausspruch dessen, was rechtens ist, unter Gerichtsbarkeit verstanden werden kann [3]. An einem solchen Ausspruch fehlt es bei der Inzidentkontrolle. Sie bietet für eine verselbständigte Entscheidung über den Normzweifel keine Möglichkeit [4]. Sie erfolgt als bloße Hilfstätigkeit des erkennenden Gerichts [5] und ist von TRIEPEL [6] daher zu Recht als bloßes Akzessorium der richterlichen Gewalt bezeichnet worden [7]. Eine richterliche Hilfsfunktion kann niemals selbständige Gerichtsbarkeit sein, was immer man darunter verstehen mag.

2. Die nach geltendem Recht allgemeine und allen Gerichten erteilte Inzidentkontrollbefugnis betrifft das Verhältnis der Rechtsprechung zu den übrigen Staatsgewalten, oder, was damit gleichbedeutend ist, das Verhältnis des Richters zu den übrigen Organwaltern [8], auf welches das GG in seinem 9. Abschnitt verschiedentlich eingeht. Es ist zu prüfen, ob das GG in diesem Abschnitt die Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte normiert hat.

---

1 S. 37 ff.

2 Wie das zum Teil in Österreich der Fall ist, vgl. ENGELHARDT, JöR 8/114.

3 Zum Kriterium des verselbständigten Ausspruchs vgl. etwa A.ARNDT, NJW 59/605, MENGER, System, S. 36 ff., aber auch FRIESENHAHN, Rechtsprechung, S. 28, je mit weiteren Nachw. des Meinungsstandes.

4 Vgl. oben S. 9 f.

5 Vgl. oben S. 5 f., 9 f.

6 VVDStRL 5/16.

7 Es ist daher abwegig, wenn MÜLLER, DVBl. 62/159 ff., ausführlich die Frage diskutiert, ob die Inzidentkontrolle Verfassungsgerichtsbarkeit ist.

8 Vgl. BETTERMANN, Grundrechte, III/534.

In Art. 97 Abs. 1 GG ist lapidar ausgesprochen, daß der Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ist [1]. Mit dieser Vorschrift wird die Stellung der Rechtsprechung zwar umfassend, aber doch auslegungsbedürftig umrissen [2]. Denn es bleibt auszumachen, was nach der Verfassung "unabhängig" und "unterworfen" bedeuten. Art. 97 Abs. 1 GG meint die richterliche Unabhängigkeit. Aus dem Kreis der damit aufgeworfenen Probleme [3] interessiert an dieser Stelle nur die sachliche Unabhängigkeit, die der Richter bei seiner Tätigkeit genießen soll. Sie ist selbst wiederum ein Komplex verschiedener Freiheiten [4], aus dem hier nur die Entscheidungsfreiheit im engeren Sinne [5] bedeutsam ist.

3. Diese Entscheidungsfreiheit besteht in umfassender Weise gegenüber der Exekutive, denn schon aus dem Verfassungswortlaut folgt eine Bindung allenfalls gegenüber dem Gesetzgeber. Sie umfaßt unstreitig die sog. Weisungsfreiheit. Der Richter ist bei seiner richterlichen Tätigkeit [6] an Weisungen, Befehle der vollziehenden Gewalt nicht gebunden, mögen diese einen Einzelfall oder die generelle Erledigung von Rechtssachen betreffen. Die bloße Weisungsfreiheit führt indes nur zu einer unvollkommenen Unabhängigkeit, wenn die Exekutive durch ihre eigene Rechtsanwendung die Rechtsprechung präjudizieren kann. Denn die Gerichte sind nicht mehr unabhängig, wenn sie Exekutivakte unbesehen hinzunehmen haben. Sie sind nicht mehr nur dem Gesetz unterworfen, wenn sie unwirksame VA'e [7] nicht als unwirksam behandeln können, es sei denn, ein Gesetz zwingt sie dazu. Das geltende Recht enthält indes eine solche, mit Art. 97 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarende Vorschrift nicht. Zum wesentlichen Inhalt richterlicher Entscheidungsfreiheit gegenüber der vollziehenden Gewalt gehört daher die Befugnis zur inzidenten Kontrolle von Exekutivakten [8]. Entscheidungsfreiheit bedeutet folglich nicht nur Weisungsfreiheit, son-

---

1 Dazu allgemein BETTERMANN, Grundrechte, III/534. Der Wechsel in der Bezeichnung "Richter" (Art. 97 Abs. 1 GG) und "Gericht" (§ 1 GVG) ist ohne sachliche Bedeutung; gemeint sind lediglich verschiedene Aspekte derselben Gewalt (BETTERMANN, aaO, S. 540).

2 A. A. BETTERMANN, aaO, S. 534.

3 BETTERMANN, aaO, S. 523 ff.

4 KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 81 ff.

5 BETTERMANN, aaO, S. 531 ff. , m. Nach.

6 Ob auch bei anderen Tätigkeiten, kann hier offen bleiben.

7 Wirkungslos sind freilich nur nichtige, nicht aber schlechthin fehlerhafte VA'e (vgl. oben S. 28).

8 Im Ergebnis wie hier BETTERMANN, aaO, S. 534 ff. und 902 f.

dern auch, daß Exekutivakte die Rechtsprechung nicht schon von sich aus binden [1].

4. Was die sachliche Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber der Gesetzgebung angeht, so herrscht unstreitig auch hier Weisungsfreiheit. Ein Unterschied zum Verhältnis zur Exekutive besteht insoweit nicht. Unzulässig sind daher Eingriffe der gesetzgebenden Gewalt in die richterliche Tätigkeit immer dann, wenn sie nicht in Gesetzesform erfolgen [2], mögen sie Weisungen individueller oder genereller Art darstellen. Unzulässig sind aber auch Weisungen für den Einzelfall in Gesetzesform, weil sie die Unabhängigkeit der richterlichen Rechtsanwendung aufheben [3]. Dagegen besteht eine Bindung der Rechtsprechung an alle übrigen Legislativakte, weil nach übereinstimmender Meinung [4] unter "Gesetz" im Sinne des Art. 97 Abs. 1 GG jedes Gesetz im formellen wie im materiellen Sinne zu verstehen ist. Die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz wird in ihrer Ausschliesslichkeit als das wesentlichste Element seiner Unabhängigkeit verstanden [5].

Die Bindung des Richters an das Gesetz ist nicht ohne weiteres gleichzusetzen mit der Bindung nur an das gültige Gesetz, wie es die h. M. [6] als selbstverständlich anzunehmen scheint. Sie verwechselt dabei materielles Rechtsquellenrecht mit formeller Zuständigkeitsordnung [7]. Denkbar ist auch hier eine Vorschrift, die den Gerichten jede Inzidentkontrolle untersagt [8], was freilich wiederum nicht mit Art. 97 Abs. 1 GG in Einklang stehen würde. Denn durch den Zwang zur Anerkennung von Legislativakten ohne Rücksicht auf ihre Gültigkeit wird die Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber der Legislative wesentlich eingeschränkt. Die Gerichte prüfen deshalb einschlußweise die Normgültigkeit, weil sie unabhängig, nicht aber weil sie nur an das gültige Gesetz gebunden sind [9]. Die

---

1 Darüber, daß der Richter auch den nichtigen Staatsakt nicht einfach "ignorieren" darf, vgl. BETTERMANN, Grundrechte, III/535, ferner BACHOF, AöR 87/32 ff.

2 Unstr., vgl. etwa BETTERMANN, aaO, HAMANN, GG, Anm. B 2 zu Art. 97, je mit weiteren Nachw.

3 Aus der richterlichen Unabhängigkeit folgert BETTERMANN, aaO, zu Recht die Unzulässigkeit von Individualgesetzen.

4 Für alle BETTERMANN, aaO, S. 532, m. Nachw.

5 BETTERMANN, aaO, S. 531, ähnlich EICHENBERGER, Unabhängigkeit, S. 95 ff., und HOLTKOTTEN, GG, Anm. II 3 zu Art. 97.

6 Vgl. die Nachw. oben S. 45 Anm. 2.

7 Deutlich bei BETTERMANN, aaO, S. 533 und KERN, Gerichtsverfassungsrecht, S. 86 f., dazu vgl. oben S. 21.

richterliche Entscheidungsfreiheit erschöpft sich daher auch gegenüber dem Gesetzgeber nicht in der Weisungsfreiheit. Sie ist vor allem die Freiheit von jeder Bindung auch an Legislativakte insoweit, als diese Akte die Gerichte nicht schlechthin binden, vielmehr die Gerichte sie in eigener Verantwortung auf ihre Rechtswirksamkeit hin prüfen dürfen und müssen.

5. Es entspricht nicht ganz der traditionellen Deutung des Art. 97 Abs. 1 GG, die Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte als eine Folge der richterlichen Entscheidungsfreiheit zu verstehen. Das ist geschichtlich bedingt. Die sachliche Unabhängigkeit der Gerichte war zunächst im absoluten Staat nur im Verhältnis zur Exekutive gefordert und durchgesetzt [1]. Erst allmählich wurde dann auch die Weisungsfreiheit gegenüber dem Gesetzgeber als ein Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit aufgefaßt [2]. Diese Weisungsfreiheit wird teilweise noch heute als ihr ausschließlicher Inhalt ausgegeben [3] oder doch wenigstens als ihr Kerngehalt dargestellt [4]. Aber schon mit der Bejahung der Inzidentkontrollbefugnis gegenüber VA'en stellt sich die Frage, wo diese bei fehlender ausdrücklicher Regelung in der Verfassungsordnung verankert ist. KERN [5] behandelt sie unter Verwechslung von Direkt- und Indirektkontrolle als Gerichtswegfrage. Dem hier vertretenen Standpunkt am nächsten kommen die Autoren, die in der Inzidentkontrolle von VA'en die allgemeine Befugnis der Gerichte zur einschlußweisen Entscheidung präjudizieller Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts wie zur Entscheidung öffentlichrechtlicher Vorfragen überhaupt als einen Ausfluß des grundsätzlichen Verhältnisses von rechtsprechender und vollziehender Gewalt [6] oder des Wesens der Rechtsprechung verstehen [7]. Denn leitet man, wie etwa ROSENBERG [8], die Kontroll-

8 Vgl. HOFFMANN, JZ 61/195.

9 C.SCHMITT, Unabhängigkeit, S. 11 f.

1 WAGNER, Richter, S. 51 ff.

2 HAMANN, GG, Anm. B 2 zu Art. 97, m. Nachw.

3 Zuletzt KALKBRENNER, DVBl. 62/695.

4 BETTERMANN, Grundrechte, III/536.

5 Gerichtsverfassungsrecht, S. 50.

6 MORSTEIN MARX, Variationen, S. 96 ff., SCHELCHER, FischZ 59/97 f., C.SCHMITT, Verfassungslehre, S. 194 ff., TRIEPEL, Streitigkeiten, S. 97 f. u. a.

7 Vgl. v.FREYTAGH-LORINGHOVEN, WRV, S. 239, GÖNNENWEIN, WürttZ 23/34, KLEINBERG, LeipzZ 25/635, WASSERTRÜDINGER, JW 25/44.

8 Lehrbuch, S. 47 f.

befugnis aus der Unabhängigkeit und der Selbständigkeit der Gewalten bei der Erledigung ihrer Aufgaben ab, so kann damit in Bezug auf die Gerichte nichts als die Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 1 GG gemeint sein. Auf der Grundlage der Erkenntnis, daß Bindung der Gewalten untereinander die Anerkennung von Akten der Gewalten im Verhältnis zueinander bedeutet [1], erscheint es nur folgerichtig, auch die Befugnis zur Inzidentkontrolle von VA'en wie von Rechtsvorschriften durch die Gerichte als Bestandteil ihrer Unabhängigkeit zu betrachten. Zu Recht ist daher schon in der Geltungszeit der WRV die richterliche Inzidentkontrollbefugnis gegenüber Legislativakten mangels ausdrücklicher besonderer Regelung aus Art. 120 WRV, § 1 GVG abgeleitet worden [2]. Im dialektischen Bezug von richterlicher Unabhängigkeit und Bindung an das Gesetz [3] ist die Befugnis zur inzidenten Gesetzeskontrolle Ausdruck der Unabhängigkeit der Gerichte vom Gesetzgeber, der selbst an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist [4] und der den Richter nur durch wirksame, d. h. rechtmäßige Legislativakte binden kann [5].

---

1 Vgl. oben S. 34.

2 Zur Ableitung aus § 1 GVG vgl. KLEINRAHM, DVBl. 50/300 und MÜLLER, DVBl. 62/160.

3 Dazu EICHENBERGER, Unabhängigkeit, S. 27.

4 Vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG.

5 Ob mit BETTERMANN, Grundrechte, III/898 f., auch die Rechtsstaatlichkeit die Bindung des Richters nur an gültige Gesetze erfordert, wie es schon v. HIPPEL, HdbDStR, II/562, m. Nachw., vertreten hat, kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben.

§ 12.
DIE FOLGERUNGEN AUS DER GRUNDGESETZLICHEN REGELUNG.

Als Bestandteil der in Art. 97 Abs. 1 GG normierten richterlichen Unabhängigkeit verstanden, führt die Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte zu zwei für den weiteren Fortgang der Untersuchung bedeutsamen Schlußfolgerungen. Einerseits vermag sie so den Begriff der Rechtsprechung im Sinne des GG zu verdeutlichen, andererseits zeigt sie, daß mit Art. 97 Abs. 1 GG auch eine Bestimmung über die Gesetzgebungsbefugnis hinsichtlich der Inzidentkontrolle getroffen worden ist.

1.Die als Teilinhalt der richterlichen Unabhängigkeit und damit der richterlichen Gewalt [1] erkannte Inzidentkontrollbefugnis erlaubt einen Rückschluß auf das Wesen der Rechtsprechung im Sinne des GG, ohne daß hierbei die Meinungsverschiedenheiten berücksichtigt werden müßten, die seit je mit dem Bemühen um einen materiellen Rechtsprechungsbegriff verbunden sind [2].

Der Richter ist zufolge seiner Unabhängigkeit ausschließlich dafür zuständig, über die Grundlagen seiner Entscheidung zu befinden. Die richterliche Gewalt ist gekennzeichnet durch die unbeschränkte und von keiner anderen Gewalt überprüfbare oder sonstwie abhängige Befugnis, alle für die richterliche Tätigkeit erheblichen Rechtsfragen selbsttätig zu klären, mögen diese die Tatsachenfeststellung [3] oder die Rechtsanwendung, und hier wiederum die Feststellung präjudizieller Rechtsverhältnisse oder anzuwendender Rechtsvorschriften betreffen [4]. Rechtsprechung im Verständnis des GG ist Letzterkenntniszuständigkeit der Gerichte in Rechtsfragen. Damit ist nicht schon die Justitiabilität jeder Rechtsfrage postuliert. Ob eine Gerichtsbarkeit, d. h. ein Rechtsweg in einer bestimmten Rechtsfrage oder, mit anderen Worten, eine Direktentscheidungsbefugnis besteht, ergibt sich nicht aus Art. 97 Abs. 1 GG, sondern aus anderen Vorschriften, die mit der Eröffnung eines Gerichtsweges nicht nur die Klage- oder Antragsbefugnis der Verfahrensbeteiligten, sondern zugleich damit auch eine Entscheidungsbefugnis des zuständigen Richters begründen [5]. Zu solchen Vorschriften

---

1 Vgl. oben S. 55.

2 Zu der kaum noch übersehbaren Literatur vgl. FRIESENHAHN, Rechtsprechung, S. 21 ff. und MENGER, System, S. 36 ff., je m. Nachw.

3 BETTERMANN, Grundrechte, III/535

4 BETTERMANN, aaO, S. 898 ff.

5 BETTERMANN, aaO, S. 783 , im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG.

gehören die Generalklauseln des Art. 19 Abs. 4 und seiner landesrechtlichen Entsprechungen, die Generalklausel des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG[1] und das Rechtsstaatsprinzip als die Garantie des zivilen Rechtsschutzes[2]. Sie eröffnen mit dem lückenlosen Schutz subjektiver Berechtigungen zugleich auch die Möglichkeit einer Direktkontrolle der öffentlichen Gewalt, soweit der Rechtsschutz das unumgänglich erfordert[3]. Dazu gehören im Beanstandungsbereich die Zuständigkeitsenumerationen der einzelnen Verfahren. Außerhalb dieser Zuständigkeitsordnung vermag Art. 97 Abs. 1 GG keine neuen Zuständigkeiten zu schaffen. Letzterkenntniszuständigkeit der Gerichte bedeutet deshalb nur, daß jede Rechtsfrage, wo immer sie auch auftreten und entschieden werden mag, letztverbindlich nur vom Richter entschieden werden kann[4].

2. Mit dieser Regelung dürfte das GG eine Entwicklung abschließen, die das richterliche Monopol letztverbindlicher Rechtsentscheidung zum Ergebnis hat. Alle Rechtserkenntnis ist relativ[5]. Die Rechtsordnung muß deshalb, will sie nicht zum Chaos subjektiver Rechtsmeinungen werden, dafür Sorge tragen, daß die maßgebliche Erkenntniszuständigkeit in Rechtsfragen einer bestimmten Stelle übertragen wird. Es handelt sich hierbei, unabhängig von aller Erkenntnistheorie, um ein pragmatisches Postulat, um eine Aufgabe, die das Recht um seiner Ordnungsfunktion willen zu erfüllen hat[6]. Historisch hat sich die maßgebliche Erkenntniszuständigkeit der Gerichte, ohne daß das hier in Einzelheiten nachzuzeichnen wäre, aus dem klassischen Kern der ordentlichen Gerichtsbarkeit heraus zur vollen Entscheidungsbefugnis über Vorfragen entwickelt. Im Bereich der Rechtsanwendung[7] besteht daher zwischen der Rechtsprechung einerseits und den übrigen Gewalten andererseits

---

1 Vgl. S. 52. 2 BETTERMANN, Grundrechte, III/788.

3 Diese Verbindung besteht immer bei Rechtsbeeinträchtigungen durch Hoheitsakte (MENGER, System, S. 165, abweichend DÜRIG, GG, Rdnr. 7 zu Art. 19 IV, dazu oben S. 16 Anm. 8).

4 Die Feststellung des Parlaments nach Art. 79 Abs. 1 Satz 2 GG, ihre umstrittene Zulässigkeit (HAMANN, GG, Einf. I D 7 b, m. Nachw.) vorausgesetzt, kann deshalb ein Gericht niemals binden.

5 Zum folgenden vgl. RUPP, Verwaltungsnorm, S. 220 ff.

6 Die Bedeutung der Letzterkenntniszuständigkeit für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden ist ebenso offensichtlich wie die der Ausbildung und Auswahl der Richter für die Erkenntnisfunktion.

7 Als abgeleitete Rechtssetzung ist auch die Gesetzgebung in gewissem Maße Rechtsanwendung (vgl. oben S. 1). Zur Theorie vom "Durchgehenden" Charakter aller Staatsakte vgl. KELSEN, VVDStRL 5/31 und THOMA, HdbDStR, II/128, dazu BÖCKENFÖRDE, Gesetz, S. 336.

grundsätzlich keine Gleichordnung, weil letztlich die Rechtsansicht der Gerichte dominiert [1].

3. Ebenso wichtige Folgerungen wie für den Rechtsprechungsbegriff ergeben sich für die Zuständigkeit zur Regelung der gerichtlichen Inzidentkontrolle. Zwar ist der Bund im Bundesbereich und sind die Länder im Landesbereich der Inzidentkontrolle gesetzgebungsbefugt [2], doch gilt Art. 97 Abs. 1 GG als die Grundnorm der Stellung des Richters einheitlich in Bund und Ländern [3]. Als Teilinhalt der richterlichen Unabhängigkeit steht die Inzidentkontrollbefugnis allen Richtern von bundesverfassungswegen zu. Von den hier nicht weiter zu verfolgenden Fragen abgesehen, ob Art. 97 Abs. 1 GG hinsichtlich seiner Geltung im Landesbereich bundesverfassungsgesetztes Landesverfassungsrecht darstellt [4] und ob das Art. 97 Abs. 1 GG entsprechende formelle Landesverfassungsrecht [5] durch das GG suspendiert oder derogiert ist [6], ist entscheidend für diesen Zusammenhang soviel, daß der Inhalt des Art. 97 Abs. 1 GG wegen Art. 31 GG jeder Abänderung durch Landesrecht entzogen ist. Landesrechtliche Bestimmungen, die die richterliche Unabhängigkeit durch die Einschränkung der Inzidentkontrollbefugnis schmälern, sind daher grundgesetzwidrig und unwirksam. Das gilt vor allem für landesrechtliche Prüfungsverbote. Im Ergebnis ist daher der die Gültigkeit des Art. 64 Abs. 2 der Verfassung von Berlin verneinenden h. M. [7] zuzustimmen. Unwirksam sind aber auch alle übrigen Beeinträchtigungen der allgemeinen Inzidentkontrollbefugnis. Deshalb war Art. 130 Abs. 3 der Verfassung von Rheinland-Pfalz in seiner ursprünglichen Fassung mit Inkrafttreten des GG der Unwirksamkeit verfallen, weil er die Kontrolle im Einzelfall von der Rüge eines Verfahrensbeteiligten abhängig machte [8].

4. Art. 97 Abs. 1 GG bestimmt die Stellung der Gerichte aber nur im Verhältnis zu den Organen der anderen Staatsgewalten [9]. Es ist daher

---

1 Vgl. JESCH, AöR 82/236. 2 Vgl. oben S. 37 ff.

3 NAWIASKY, Grundgedanken S. 70. 4 Vgl. oben S. 43 f.

5 Vgl. die Nachw. bei BETTERMANN, Grundrechte, III/524.

6 Zum Problem der inhaltsgleichen Verfassungsbestimmungen FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 60 ff. und HAMANN, Anm. zu Art. 142.

7 Vgl. die Nachw. oben S. 52 Anm. 3.

8 Vgl. SÜSTERHENN-SCHÄFER, Kommentar, Anm. 5 zu Art. 130.

9 BETTERMANN, aaO, S. 536.

von ihm aus nicht entschieden, vom wem innerhalb der rechtsprechenden Gewalt und wie im einzelnen die Inzidentkontrolle gehandhabt wird. Art. 97 Abs. 1 GG erlaubt es durchaus, die allgemeine Inzidentkontrolle der Gerichte zugunsten von Kontrollmonopolen bestimmter Gerichte einzuschränken, wie dies durch Art. 100 Abs. 1 GG und die entsprechenden Vorschriften im Landesrecht [1] geschieht. Letztere haben sogar teilweise das Verwerfungsmonopol der Landesverfassungsgerichte gegenüber dem des Art. 100 Abs. 1 GG erweitert. Während nämlich nach Art. 100 Abs. 1 GG nur die Grundgesetzmäßigkeit von formellem nachkonstitutionellem Recht geprüft werden kann [2], beziehen sich die landesrechtlichen Verwerfungsmonopole verschiedentlich auch auf vorkonstitutionelles und untergesetzliches Recht [3]. Die Zulässigkeit dieser Erweiterungen ist umstritten [4]. Die notwendig mit einer solchen Erweiterung verbundene Beschränkung der allgemeinen Inzidentkontrolle - und nicht, wie bisweilen behauptet [5], der richterlichen Prüfungsbefugnis, die, wenngleich anders verteilt, voll bei der rechtsprechenden Gewalt verbleibt - ist jedenfalls nicht wegen Art. 97 Abs. 1 GG grundgesetzwidrig. Ihre Unzulässigkeit kann sich aber aus anderen Vorschriften oder Zusammenhängen des GG ergeben. Im pro und contra der Meinungen nimmt hierbei Art. 100 Abs. 1 GG die zentrale Stellung ein. Die entscheidende Frage lautet, ob in Art. 100 Abs. 1 GG oder sonstwo durch Bundesverfassungsrecht die Beschränkbarkeit der allgemeinen Inzidentkontrolle abschließend geregelt ist. Ist das der Fall, so ist den Ländern auch die Befugnis zur Verteilung der Inzidentkontrolle innerhalb der Rechtsprechung in ihrem Landesbereich genommen. Ist das nicht der Fall, so können die Länder wegen ihrer grundsätzlichen Zuständigkeit im Landesbereich der Normenkontrolle über die Verteilung der Inzidentkontrollbefugnis innerhalb der Rechtsprechung bestimmen.

---

1 Nachw. oben S. 51 Anm. 3 ff.

2 Dazu unten S. 67 ff.

3 Vgl. Art. 68 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Art. 88 Ba-WüVerf., Art. 92 BayVerf. in der maßgeblichen Interpretation durch den BayVerfGH (vgl. S. 70 Anm. 3), Art. 142 BremVerf, Art. 64 Abs. 2 HbgVerf., Art. 133 Hess. Verf.

4 Dafür BVerfGE 4/197 ff., zustimmend BACHOF-JESCH, JöR 6/51, FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 9, KALKBRENNER, DVBl. 62/695, LECHNER, Grundrechte, III/687; dagegen: BETTERMANN, Grundrechte, III/900, HOLTKOTTEN, GG, Anm. II A 2 f zu Art. 100, KLEINRAHM, DVBl. 50/300, MÜLLER, DVBl. 62/159 ff., SCHÄFER, JZ 51/202.

5 So ezwa MICHEL, NJW 60/841.

5. Ob die allgemeine gerichtliche Inzidentkontrolle oder wenigstens ihre Beschränkbarkeit im GG abschließend geregelt ist, soll erst im folgenden Abschnitt über die Prinzipalkontrolle behandelt werden, weil damit zugleich die Befugnis zu deren Regelung angesprochen ist. Hier ist lediglich noch auf eine bemerkenswerte Einseitigkeit hinzuweisen, an der die Behandlung der These von der abschließenden Normierung der Inzidentkontrolle durch das GG krankt. Die Inzidentkontrollbefugnis wird nämlich nicht nur durch Verwerfungsmonopole, sondern durch jede Art der Prinzipalkontrolle eingeschränkt [1]. Denn ist eine Prinzipalentscheidung erst einmal ergangen, so sind alle Gerichte an sie gebunden [2], und weder die überprüfte Norm [3] noch die Normentscheidung selbst [4] kann ihrerseits Gegenstand einer Inzidentkontrolle werden. Sollte deshalb das GG die Beschränkbarkeit der Inzidentkontrolle in der Tat abschließend geregelt haben, dann kann das nicht allein durch Art. 100 Abs. 1, sondern muß das auch durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 geschehen sein. Da es im Ergebnis unerheblich ist, ob ein Gericht deswegen nicht prüfen kann, weil bereits ein anderes prinzipaliter entschieden hat oder weil seine Prüfungsbefugnis wegen des Verwerfungsmonopols eines anderen Gerichts beschränkt ist, müßten folgerichtig alle nicht schon im GG eingeräumten Prinzipalverfahren [5] wegen unzulässiger Beeinträchtigung der allgemeinen Inzidentkontrollbefugnis verfassungswidrig sein. Das ist zu Recht bislang nicht vertreten worden. Genau genommen kann es daher nur darum gehen, ob das GG die Prinzipalkontrolle auf Antrag der Gerichte und die mit ihr notwendig zusammenhängende Beschränkung der Inzidentkontrolle abschließend normiert hat.

---

1 Vgl. BETTERMANN, Grundrechte, III/538, 901, KALKBRENNER, DVBl. 62/696, LECHNER, BVerfGG, Anm. 2 c zu § 31.

2 Vgl. die Nachw. in Anm. 1.

3 Anders zum Teil die verfehlte Regelung des § 47 VwGO, dazu BETTERMANN, AöR 86/160 ff., m. Nachw.

4 BETTERMANN, Grundrechte, III/901, LECHNER, aaO.

5 Dazu gehören in erster Linie die Prinzipalverfahren des Landesverfassungsrechts (vgl. die Nachw. bei LECHNER, Grundrechte, III/644) und die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO.

2. Abschnitt.
DIE BEFUGNIS ZUR REGELUNG DER PRINZIPALEN NORMENKONTROLLE.

Die prinzipale Normenkontrolle ist im Bundes- und Landesrecht in zwei Formen bekannt [1]: als Kontrolle auf Antrag von Gerichten einerseits und als Kontrolle auf Antrag bestimmter, sog. qualifizierter [2] Antragsteller andererseits. Die Prototypen dieser Verfahrensarten sind im Bundesrecht in Art. 100 Abs. 1 GG und in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dargestellt [3].

Die Prinzipalverfahren aufgrund gerichtlichen Antrags beruhen auf einer Beschränkung der Verwerfungsbefugnis der Instanzgerichte [4]. Sie setzen die von den Instanzgerichten aus konkretem Anlaß eingeleitete Inzidentkontrolle fort und werden deswegen nachträgliche Prinzipalkontrollverfahren genannt [5]. Im Gegensatz dazu werden die Prinzipalverfahren, die durch einen Antrag qualifizierter Antragsteller eingeleitet werden, als ursprüngliche Prinzipalverfahren bezeichnet, weil hier die gerichtliche Normenkontrolle ohne vorgängige Inzidentkontrolle durch ein Gericht stattfindet [6]. Beide Verfahrensarten unterscheiden sich nicht in der Art und der Wirkung der Normenkontrolle [7], sondern lediglich in der verfahrenstechnischen Ausgestaltung der Verfahrenseinleitung und der damit verbundenen Auswahl der Verfahrensbeteiligten.

Auch bei der Gesetzgebungsbefugnis über die Prinzipalkontrolle ist vom Grundsatz auszugehen, daß der Bund für die Normierung der Direktkontrolle von Bundes- und Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts, also im Bundesbereich der Prinzipalkontrolle gesetzgebungsbefugt ist, während den Ländern die Regelungsbefugnis für die Kontrolle von Landesrecht am Maßstab des Landesrechts, also im Landesbereich der Prinzipalkontrolle zukommt, soweit hier das GG nichts anderes bestimmt [8].

---

1 Mögen auch nicht alle Länder beide Formen zugleich eingeführt haben. So etwa ist in Bayern ein ursprüngliches Kontrollverfahren nicht vorgesehen (vgl. FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 36).

2 Vgl. HERZOG, BayVBl. 61/370.

3 Vgl. die Nachw. der landesrechtlichen Verfahren oben S. 51 Anm. 3 ff. und S. 64 Anm. 5.

4 Vgl. oben S. 7.

5 Vgl. die Parallelbezeichnung der nachträglichen und ursprünglichen Verwaltungsstreitigkeiten für die Anfechtungs- und Parteiverfahren des Verwaltungsprozesses.

6 Vgl. S. 5 ff. 7 Vgl. S. 7 Anm. 2. 8 Vgl. S. 41.

1. Unterabschnitt.

DIE BEFUGNIS ZUR REGELUNG DER NACHTRÄGLICHEN PRINZIPALKONTROLLE.

Die nachträgliche Prinzipalkontrolle, wie sie in Art. 100 Abs. 1 GG und seinen landesrechtlichen Entsprechungen enthalten ist [1], steht mit der Inzidentkontrolle von Rechtsvorschriften durch die Gerichte in unmittelbarem Zusammenhang, weil sie diese voraussetzt, auf ihr gleichsam aufbaut und sie vollendet [2]. Inzidentkontrolle und nachträgliche Prinzipalkontrolle stehen auch in einem Wechselbezug: Die Inzidentkontrolle ist dort am umfassendsten, wo keine nachträgliche Prinzipalkontrolle besteht, und sie wird in dem Maße eingeschränkt, in dem der Umfang der nachträglichen Prinzipalkontrolle anwächst [3].

§ 13.

DIE VERWERFUNGSMONOPOLE DER NACHTRÄGLICHEN PRINZIPALKONTROLLVERFAHREN.

1. Durch die nachträglichen Prinzipalkontrollverfahren im Bundes- und Landesrecht wird die richterliche Inzidentkontrolle in ihrer traditionellen Form dadurch abgewandelt, daß im Falle der Bejahung gewisser Normfehler bei bestimmten Vorschriften die Verwerfungsbefugnis den Instanzgerichten genommen und auf besondere Gerichte, und zwar durchweg die Verfassungsgerichte, übertragen wird. Verfahrenstechnisch wird diese teilweise, gleichwohl aber erhebliche Monopolisierung der Verwerfungsbefugnis dadurch erreicht, daß die inzidente Normenkontrolle der Instanzgerichte in ein selbständiges Zwischenverfahren [4] prinzipaler und daher auch abstrakter [5] Normenkontrolle übergeleitet wird. Dieses Zwischenverfahren ist vor anderen gerichtlichen Verfahren dadurch ausgezeichnet, daß es auf gerichtlichen Antrag hin eingeleitet wird, ohne daß dadurch das vorlegende Gericht nach Ansicht des BVerfG [6] die Stellung eines Beteiligten im technischen Sinne erhält.

---

1 Vgl. die Nachw. oben S. 51 Anm. 3 ff.

2 Vgl. oben S. 7 und S. 51.

3 Vorausgesetzt freilich, daß inzidente und prinzipale Normenkontrolle zugleich zulässig sind.

4 LECHNER, Grundrechte, III/660, SIEBERT, Prüfungszuständigkeit, S. 46.

5 Vgl. oben S. 6.

6 BVerfGE 3/228. Das BVerfG begründet seine Ansicht mit dem Hinweis auf §§ 22 Abs. 1, 82 i.V.m. 77 BVerfGG. Das mag richtig sein, ist aber unvollständig ohne den Nachweis, daß diese Regelung auch Art. 100 Abs. 1 GG entspricht.

Die teilweise Monopolisierung der Verwerfungsbefugnis bei den Verfassungsgerichten wird, wie bereits erwähnt [1], häufig als eine Beschränkung der richterlichen Prüfungsbefugnis verstanden. Das ist nicht richtig, denn die Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis bleibt bei der richterlichen Gewalt im ganzen. Die ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Richters stellt im Verhältnis zu anderen Richtern weder eine Behinderung richterlicher Kognition [2] noch eine Behinderung der richterlichen Unabhängigkeit dar [3]. Die einzelnen Befugnisse sind heute innerhalb der richterlichen Gewalt lediglich anders verteilt als zuvor.

2. Art. 100 Abs. 1 GG regelt das Verwerfungsmonopol sowohl des BVerfG als auch das der Landesverfassungsgerichte. Das Verwerfungsmonopol ist in mehrfacher Hinsicht beschränkt [4]. Nicht alle Normfehler können im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG nachgeprüft werden, sondern nur die Verfassungswidrigkeit von Rechtsvorschriften, genauer: die Grundgesetzwidrigkeit von Bundes- und Landesrecht im Verfahren vor dem BVerfG und die Landesverfassungswidrigkeit im Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten. Durch diese Zuständigkeitsverteilung bestätigt das GG insofern die oben [5] erörterte Aufteilung der Normenkontrolle in einen Bundes- und einen Landesbereich, als es der Sache nach zwischen einer Bundes- und einer Landesnormenkontrolle unterscheidet und letztere der Ausführung nach im Landesbereich beläßt. Nachprüfbar ist weiterhin nicht jede Verfassungswidrigkeit, sondern nur die ursprüngliche. Ausserdem ist auch der Bereich der nach Art. 100 Abs. 1 GG überprüfbaren Vorschriften in zweifacher Hinsicht beschränkt auf formelle und nachkonstitutionelle Gesetze. Diese einschränkende Auslegung von Art. 100 Abs. 1 GG war, bevor sich eine gefestigte Rechtsprechung des BVerfG [6] dazu gebildet hatte, sehr umstritten [7]; gegenwärtig wird sich kaum noch in Frage gestellt [8].

---

1 Vgl. S. 63.

2 BÖTTICHER, Bindung, S. 663.

3 BETTERMANN, Grundrechte, III/663.

4 Vgl. LECHNER, Grundrechte, III/663.

5 S. 37 ff.

6 Vgl. BVerfGE 1/184, 1/262, 2/124, 4/188.

7 Nachw. bei LECHNER, aaO, Anm. 53.

8 Zweifelnd zuletzt KALKBRENNER, DVBl. 62/696.

3. Der Auslegung, die das BVerfG Art. 100 Abs. 1 GG gegeben hat, ist beizupflichten. Mit dem Gericht ist davon auszugehen, daß vor allem dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnommen werden kann, ob der dort verwendete Begriff "Gesetz" im formellen oder materiellen Sinne zu verstehen ist [1] und daß auch die Entstehungsgeschichte darüber nichts sicheres ergibt [2]. Zuzustimmen ist dem Gericht auch darin, daß der Grundgesetzgeber Art. 100 Abs. 1 GG unabhängig von bereits bestehenden landesrechtlichen Vorbildern ausgestalten wollte [3], und daß für dessen Auslegung aus der geschichtlichen Entwicklung ebenfalls sichere Ergebnisse nicht zu gewinnen sind [4].

a) Art. 100 Abs. 1 GG muß daher aus dem Zusammenhang der grundgesetzlichen Vorschriften über die Normenkontrolle insgesamt interpretiert werden [5]. Er ordnet ebenso wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ein Verfahren prinzipaler Normenkontrolle [6]. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Verfahren liegt in der Art ihrer Einleitung [7]. Diesem Umstand muß deswegen besondere Bedeutung zukommen. Von den Einschränkungen der Inzidentkontrolle [8] her gesehen liegt der Schluß nahe, daß Art. 100 Abs. 1 GG gegen die in dieser Prüfungsart gegebenen Gefahren [9] gerichtet ist. Zu denken ist hier in erster Linie an die Gefährdung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit durch voneinander abweichende Inzidententscheidungen [10]. Die genannten Rechtsgüter werden aber schon durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG geschützt. Ihr Schutz wäre zudem wegen der Beschränkung der Überprüfung auf die Vereinbarkeit von Recht mit Verfassungsrecht höchst unvollkommen, weil sie durch andere widersprüchliche Normfehlerfeststellungen gleicherweise beeinträchtigt werden.

b) Weil nicht anzunehmen ist, daß das GG einen derart unvollkommenen Schutz vor Gefahren sich widersprechender Inzidententscheidungen schaffen wollte, bleibt nur die andere in der Inzidentkontrolle liegende Gefahr der Mißachtung von Anordnungen der Gesetzgeber durch die Gerichte. Sinn und Zweck der nachträglichen Prinzipalkontrolle des Art. 100 Abs. 1 GG ist deshalb ausschließlich zu verhindern, "daß

---

1 BVerfGE 1/189 ff. 2 BVerfGE 1/193 ff. 3 BVerfGE 1/196.
4 BVerfGE 1/193. 5 BVerfGE 1/189 ff. 6 Vgl. S. 7 Anm. 2.
7 Ähnlich BVerfGE 1/189 ff.
8 Vgl. S. 63 f. 9 Vgl. oben S. 9 f. 10 Vgl. S. 10.

jedes einzelne Gericht sich über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetzt" [1]. Aus dieser Zielsetzung folgt notwendig die Verengung des Prüfungsgegenstandes auf formelles Gesetzesrecht, weil nur hier der schutzwürdige Gesetzgeber gehandelt hat. Aus dem gleichen Grunde können nur nachkonstitutionelle [2] oder "nachbundesrechtliche" [3] Gesetze geprüft werden [4]. Endlich resultiert aus dem beschränkten Zweck des Art. 100 Abs. 1 GG, einer "contempt of parliament" (BETTERMANN) durch den Richter vorzubeugen, die Begrenzung der nachprüfbaren Normfehler auf ursprüngliche Normmängel, weil nur hier den Gesetzgeber der Vorwurf des verfassungswidrigen Handelns treffen kann [5], vor dessem leichtfertigen Gebrauch der Gesetzgeber bewahrt bleiben soll [6]. Es besteht ein Verwerfungsmonopol des BVerfG deshalb nur bei ursprünglicher Grundgesetzwidrigkeit nachgrundgesetzlicher formeller Bundes- und Landesgesetze und für den gleichgestellten Fall der Bundesrechtswidrigkeit "nachbundesrechtlicher" formeller Landesgesetze. Ebenso ist das Verwerfungsmonopol der Landesverfassungsgerichte begrenzt auf die ursprüngliche Landesverfassungswidrigkeit nachlandeskonstitutioneller formeller Landesgesetze.

4. Landesrechtliche Vorschriften, die Art. 100 Abs. 1 GG im Prinzip entsprechen, gibt es in allen Bundesländern mit Ausnahme von Berlin und Schleswig-Holstein. Sie galten entweder bereits vor Inkrafttreten des GG [7], oder wurden erst danach durch Verfassungsrecht [8] oder ein-

1 BVerfGE 1/197.

2 BVerfGE 2/124.

3 Ausdruck von BACHOF, AöR 87/2

4 BVerfGE 10/124.

5 Vgl. HOFFMANN, JZ 61/193 f.

6 Behält man auch hier die Relativität aller Rechtserkenntnis vor Augen, so zeigt sich, daß mit dem Vorwurf des verfassungs- oder gesetzwidrigen Handelns des Gesetzgebers, der mit der Normenkontrollrüge in der Regel erhoben wird, der Prozeß der Rechtsklärung nur unnötig dramatisiert wird. Freilich wird man im politischen Tagesgeschehen nicht auf ihn verzichten können.

7 So in Bayern, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz, sowie den Vorläuferstaaten von Baden-Württemberg. Vgl. die Nachw. oben S. 51 Anm. 3 ff.

8 So in Baden-Württemberg, Hamburg und Niedersachsen.

faches Landesrecht [1] eingeführt. Die entsprechenden Bestimmungen in Baden-Württemberg [2], Bayern [3], Bremen [4], Hamburg [5] und Hessen [6] weisen die Besonderheit auf, daß nach ihnen auch vorkonstitutionelles und/oder untergesetzliches Landesrecht der nachträglichen Landesprinzipalkontrolle unterliegt. Maßstabsrecht ist im Landesrecht wie auch nach dem GG nur Verfassungsrecht, jedoch können vorkonstitutionelle Vorschriften in diesen Verfahren nur auf ihre nachträgliche Verfassungswidrigkeit geprüft werden, weil nur die geltende Landesverfassung Maßstab der nachträglichen Prinzipalkontrolle ist. In diesen Verfahren kann insoweit auch die "staatspolitische Zielsetzung" (LECHNER) der Wahrung der Autorität des Gesetzgebers nicht mehr wie in Art. 100 Abs. 1 GG die alleinige ratio legis sein [7].

Der begrenzte Anwendungsbereich des Art. 100 Abs. 1 GG hat im Hinblick auf die erwähnten landesrechtlichen Erweiterungen der Verwerfungsmonopole der Landesverfassungsgerichte die Frage streitig werden lassen, ob diese Erweiterungen mit dem GG vereinbar sind [8]. Es geht bei ihr, wie aufgrund der bisherigen Ergebnisse feststeht, lediglich darum, ob das Bundesrecht die Länder an der freien Gestaltung ihrer nachträglichen Prinzipalkontrollverfahren bindet und in welchem Umfange eine solche Bindung besteht. Das ist in folgendem zu untersuchen.

---

1 So in Nordrhein-Westfalen und im Saarland (vgl. S. 51 Anm. 12).

2 Art. 68 Abs. 1 Nr. 3 Ba-WüVerf. i. V. m. Art. 88 Ba-WüVerf.

3 Art. 92 BayVerf, dessen Wortlaut im Gegensatz zu den übrigen einschlägigen Vorschriften diese Erweiterung nicht ausdrücklich zu entnehmen ist; ähnlich wie in Art. 100 Abs. 1 GG wird der mehrdeutige Begriff "Gesetz" verwendet. Die Bestimmung wird aber in der maßgeblichen Auslegung durch den BayVerfGH (vgl. NAWIASKY-LECHNER, Verfassung, Anm. 2 zu Art. 65 und BayVerfGH (n.F.) 4/69) derart erweitert verstanden. Ob das zu Recht geschieht, kann im Zusammenhang einer Untersuchung der Gesetzgebungsbefugnis offen bleiben.

4 Art. 142 BremVerf.

5 Art. 64 Abs. 4 HbgVerf.

6 Art. 133 HessVerf.

7 Für die Rechtslage in Bayern ist vor allem von Bedeutung, daß ein eigentliches ursprüngliches Prinzipalkontrollverfahren nicht vorgesehen ist (vgl. FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 34); der nachträglichen Prinzipalkontrolle kommt deshalb hier eine erheblich größere Bedeutung zu.
Für das baden-württembergische Recht vgl. SPRENG-BIRN-FEUCHTE, Kommentar, Anm. 5 zu Art. 68 und BVerfGE 4/188 f.

8 Vgl. die Nachw. oben S. 63 Anm. 4.

§ 14.

ART. 100 ABS. 1 GG UND DIE GESETZGEBUNGSBEFUGNIS DER LÄNDER.

In Art. 100 Abs. 1 GG weicht das GG offensichtlich vom Grundsatz bundesstaatlicher Aufgabenverteilung auf dem Gebiet der Gesetzgebung über die Normenkontrolle [1] insoweit ab, als es bestimmt, daß die Landesverfassungsmäßigkeit von formellem, nachkonstitutionellem Landesrecht [2] nur von einem Landesverfassungsgericht [3] verbindlich verneint werden kann. Art. 100 Abs. 1 GG setzt in diesem Umfang von bundesverfassungswegen Landesverfassungsrecht [4] und greift deshalb im Landesbereich des Normenkontrollrechts in die Verfassungsautonomie der Länder ein [5]. Zugleich ist damit den Ländern der bindende Auftrag erteilt, die für den Vollzug des Art. 100 Abs. 1 GG im Landesbereich erforderlichen Maßnahmen zu treffen [6]. Sollte darüber hinaus ein weiterer bundesrechtlicher Eingriff im Landesbereich erfolgt sein, so kann dies nach wohl übereinstimmender Ansicht ebenfalls nur durch Art. 100 Abs. 1 GG der Fall sein. Die Vorschrift würde dann, von ihrem expliziten Inhalt abgesehen, die nachträgliche Prinzipalprüfung und folglich auch die Inzidentkontrolle im Landesbereich schlechthin erfassen [7].

1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 100 Abs. 1 GG versagen auch zur Beantwortung dieser Frage. Aber bereits der beschränkte Zweck der Vorschrift, die Autorität der Gesetzgeber in Bund und Ländern gegenüber den Instanzgerichten zu gewährleisten, läßt mit hinreichender Sicherheit erkennen, daß die Vorschrift außer der zur Erfüllung dieses Zweckes gebotenen Konzentration der Verwerfungsbefugnis bei den Verfassungsgerichten und dem eben erwähnten Organisationsauftrag keine weiteren, die Länder bindenden Anordnungen treffen wollte. Für eine andere Auslegung von Art. 100 Abs. 1 GG besteht auch kein Anlaß. Wer

---

1 Vgl. oben S. 41. 2 Vgl. S. 67 ff.

3 Wobei es dem Landesrecht obliegt zu bestimmen, welches Gericht als Landesverfassungsgericht in diesem Sinne zu verstehen ist.

4 FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 8, 50.

5 Die Regelungsbefugnis der Länder hinsichtlich ihrer ursprünglichen Prinzipalkontrolle wird durch Art. 100 Abs. 1 GG nicht betroffen.

6 Soweit die Landesverfassungen nicht schon entsprechende Vorschriften enthalten haben (vgl. oben S. 69 Anm. 7), wurden die erforderlichen Ausführungsbestimmungen spätestens in den Landesgesetzen über die Landesverfassungsgerichte erlassen (vgl. oben S. 69 f.).

7 Vgl. oben S. 63.

daher mit der h. M. von dem oben dargestellten Inhalt des Art. 100 Abs. 1 GG ausgeht [1], kann deshalb aus dessen beschränkter Zielsetzung keine weitergehenden Folgerungen ableiten [2]. Bekräftigt wird dieses Ergebnis durch die Überlegung, daß sich Art. 100 Abs. 1 GG mit der allgemeinen Inzidentkontrolle und ihrer etwaigen Beschränkbarkeit ausdrücklich nicht befaßt, sondern die inzidente Normenkontrolle nur voraussetzt [3]. Die Vorschrift gibt daher über die in ihr ausdrücklich getroffenen Bestimmungen hinaus zur Begründung weitergehender Bindungen der Landesgesetzgebung im Landesbereich der Normenkontrolle nichts her.

a) Die bereits erwähnte [4] Entscheidung des BVerfG vom 11. Mai 1955 [5], daß Art. 100 Abs. 1 GG einer Erweiterung der landesverfassungsgerichtlichen Verwerfungsmonopole nicht entgegensteht, ist daher im Ergebnis zutreffend [6]. In gewissen Einzelheiten ist die Begründung dieser Entscheidung freilich nicht unbedenklich. Ausgehend von der richtigen Voraussetzung der betont föderativen Ordnung der Bundesrepublik stellt das BVerfG einseitig darauf ab, daß jedes Land seine Verfassungsgerichtsbarkeit kraft seiner Verfassungsautonomie selbst gestalten könne [7]. Es begibt sich damit in die Gefahr, nachweisen zu müssen, daß die prinzipale Überprüfung [8] der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsvorschriften materielle [9] Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt [10]. Das dürfte keineswegs so sicher sein, wie gemeinhin angenommen wird [11]. Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von VA'en und gerichtlichen Entscheidungen ist jedenfalls keine Verfassungsgerichtsbarkeit [12], und es bleibt zu klären, warum es sich bei Rechtsvorschriften anders verhält. Stellt aber die Direktkontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Hoheitsakten schlechthin materielle Verfassungsgerichtsbarkeit dar, so ist um-

---

1 Vgl. oben S. 67 f.

2 Wenig folgerichtig daher MÜLLER, DVBl. 62/158 ff.

3 Vgl. oben S. 51. 4 Vgl. S. 63 Anm. 4. 5 BVerfGE 4/178 ff.

6 Vgl. die Nachw. oben S. 63 Anm. 4. 7 BVerfGE 4/188 f.

8 Zur inzidenten Normenkontrolle vgl. oben S. 55.

9 Ein formeller Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit kann hier nicht in Frage kommen, er würde jede Zuständigkeitsordnung relativieren.

10 Vgl. die gerade hier ansetzende Kritik von MÜLLER, DVBl. 62/158 ff.

11 So zuletzt KALKBRENNER, DVBl. 62/696 ff.

12 Zur Zurechnung der Verfassungsbeschwerden zur materiellen Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. LECHNER, BVerfGG, Vorbem. 3 zu § 90. Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von VA'en im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird übereinstimmend nicht als materielle Verfassungsgerichtsbarkeit ausgegeben.

gekehrt zu belegen, warum die Länder nur für die Überprüfung von Rechtsvorschriften, dagegen nicht auch für die von VA'en regelungsbefugt sind [1]. Schließlich vermag auch das vom BVerfG angeführte Argument des sachlichen Bedürfnisses für eine Ausdehnung der landesrechtlichen Verwerfungsmonopole nicht zu überzeugen, weil ein Bedürfnis von sich aus noch keine Berechtigung hervorbringen kann. Dem Gericht ist lediglich darin beizupflichten, daß das GG Zuständigkeiten, die den Verfassungsgerichten üblicherweise zugewiesen werden und die tatsächlich vor Inkrafttreten des GG den Landesverfassungsgerichten zugewiesen waren [2], nicht ohne ausdrückliche Regelung dem Bund vorbehalten hätte.

b) Es bleibt deswegen festzuhalten, daß Art. 100 Abs. 1 GG weder eine abschließende Normierung der nachträglichen Prinzipalkontrolle noch der allgemeinen Inzidentkontrolle enthält. Insbesondere begründet er keine institutionelle Garantie [3] der richterlichen Inzidentkontrolle in ihrer traditionellen Form. Das BVerfG stellt daher zu Recht fest [4], daß das GG die Befugnis der Gerichte, Gesetze wegen Verstoßes gegen höherrangige Normen nicht anzuwenden, nicht in jeder Hinsicht gewährleistet. Die Gestaltungsfreiheit der Länder bei der Ordnung ihrer nachträglichen Normenkontrollverfahren ist zwar durch Art. 97 Abs. 1 GG insofern gebunden, als die Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber dem Gesetzgeber nicht angetastet werden kann [5], und durch Art. 100 Abs. 1 GG insofern, als die Landesverfassungsmäßigkeit formeller nachkonstitutioneller Gesetze anläßlich inzidenter Normenkontrolle definitiv nur von einem Landesverfassungsgericht bejaht werden kann. Davon abgesehen verfügt die Landesgesetzgebung über die volle Gestaltungsfreiheit im Landesbereich der Inzident- und der nachträglichen Prinzipalkontrolle. Sie kann vor allem nicht nur die Verwerfungsbefugnis hinsichtlich jeder Normkategorie monopolisieren [6], sie kann darüber hinaus auch ein positives Entscheidungsmonopol der Verfassungsgerichte begründen, so daß den Instanzgerichten bei jedem Normzweifel nur ein Antragsrecht verbliebe.

---

1 Auch FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 10, bleibt hierfür die Begründung schuldig.

2 Vgl. oben S. 69 Anm. 7.

3 Zum Begriff der institutionellen Garantie vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, GG, S. 83 ff., m. Nachw.

4 BVerfGE 4/189, vgl. auch KALKBRENNER, DVBl. 62/702 Anm. 87, m. Nachw und SPRENG-BIRN-FEUCHTE, Kommentar, Anm. 5 zu Art. 68.

5 Vgl. S. 62.

6 Und zwar wegen Art. 97 Abs. 1 GG nur bei Gerichten.

2. Dagegen läßt sich zur Stützung des vorstehend abgeleiteten Ergebnisses nicht anführen, daß der Bundesgesetzgeber in § 47 Satz 1 VwGO selbst davon ausgeht, daß den Ländern die Möglichkeit erweiterter Verwerfungsmonopole offensteht [1]. § 47 Satz 1 VwGO spricht von der Befugnis der Landesgesetzgebung zur Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle unter dem Vorbehalt anderweitiger Nachprüfbarkeit der zweifelhaften Vorschrift durch ein Verfassungsgericht. Dieser Vorbehalt bewirkt nicht auch einen Vorbehalt zugunsten der nachträglichen Prinzipalkontrolle [2]. Denn die in der Vorbehaltsklausel des § 47 Satz 1 VwGO gemeinte verfassungsgerichtliche Normenkontrolle kann nur die ursprüngliche Normenkontrolle sein, weil § 47 VwGO ein Verfahren ursprünglicher Prinzipalkontrolle zum Inhalt hat [3], das nur mit ebensolchen Verfahren [4] kollidieren kann [5].

Die Vorbehaltsklausel hat den Fall eines Zuständigkeitskonflikts im Auge, Es soll vermieden werden, daß in derselben Normenkontrollsache mehrere Gerichte tätig werden [6]. Bei ihrer Beurteilung wird häufig übersehen, daß sie, soweit sich die kollidierende verfassungsgerichtliche Zuständigkeit aus Verfassungsrecht [7] ergibt [8], nur klarstellende Bedeutung hat [9]. Davon abgesehen ist ein Konflikt zwischen ursprünglicher und nachträglicher Prinzipalkontrolle nicht möglich [10]. Das hat neuerdings vor allem BETTERMANN [11] übersehen, als er im Parallelfall des Verhältnisses eines prinzipalen Normenkontrollverfahrens nach Art. 19 Abs. 4 GG zur nachträglichen Prinzipalkontrolle des Art. 100 Abs. 1

1 So aber KALKBRENNER, DVBl. 62/697.

2 Wie hier vor allem der BayVGH, BayVBl. 62/58 f. und wohl auch BACHOF, AöR 86/187 f., a. A. KALKBRENNER, aaO und SCHUNCK-DE CLERCK, VwGO, Anm. 2 b ee zu § 47.

3 Dazu ausführlich unten S. 78 ff.

4 Etwa dem bundesrechtlichen Verfahren des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.

5 So vor allem BETTERMANN, AöR 86/155.

6 Amtl. Begr. zum RegEntw. der VwGO, BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33.

7 Jedenfalls soweit das GG in Betracht kommt; über das Verhältnis zum Landesrecht vgl. insbesondere unten S. 110 ff.

8 Etwa bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG im Gegensatz zu §§ 90 ff. BVerfGG.

9 Anders vor allem die Amtl. Begr. zum RegEntw. der VwGO, aaO, S. 33, vgl. dazu unten S. 81, insbesondere Anm. 4.

10 BayVGH und BACHOF, aaO.

11 AöR 86/154, kritisch dazu BACHOF, aaO.

GG die Spezialität dieser Vorschrift vertreten hat. Die abstrakte Möglichkeit der auf der Inzidentkontrolle aufbauenden nachträglichen Prinzipalkontrolle kann für die Zulässigkeit der in ursprünglichen Prinzipalverfahren ausgeübten Direktkontrolle nichts ergeben. Sollte durch die Möglichkeit derartiger Zwischenverfahren [1] die Zulässigkeit unabhängiger Hauptverfahren beseitigt werden können, so ist nicht mehr einzusehen, wie es zu diesen Zwischenverfahren überhaupt noch kommen kann. Die Entscheidungsmonopole der Verfassungsgerichte affizieren lediglich die allgemeine Inzidentkontrollbefugnis der Gerichte, nicht aber die für bestimmte Gerichte durch besondere Zuständigkeitsvorschriften [2] begründete Kompetenz zur ursprünglichen Prinzipalkontrolle [3] und auch nicht die Befugnis zum Erlaß solcher Zuständigkeitsnormen [4].

3. Die Gestaltungsfreiheit der Länder im Bereich der nachträglichen Landesprinzipalkontrolle ist daher, von Art. 97 Abs. 1 GG abgesehen, durch Art. 100 Abs. 1 GG nur in dem engen Umfang beschränkt, der aus dem Schutzzweck dieser Vorschrift folgt. Dem entspricht daher auch im Bundesbereich der nachträglichen Prinzipalkontrolle eine gleichartige Gestaltungsfreiheit des Bundesgesetzgebers. Auch er ist in Ansehung der Gesetzgebung über die nachträgliche Prinzipalkontrolle nur in dem Umfang gebunden, den der Schutzzweck des Art. 100 Abs. 1 GG bedingt. Es ist ihm daher unbenommen, das Verwerfungsmonopol des Art. 100 Abs. 1 GG etwa auf vorgrundgesetzliches und untergesetzliches Recht auszudehnen, solange er dabei im Bundesbereich der Normenkontrolle bleibt. Er kann aber auch den Prüfungsmaßstab der nachträglichen Prinzipalkontrolle über das formelle Verfassungsrecht hinaus erweitern oder ein positives Entscheidungsmonopol des BVerfG einführen.

---

1 Vgl. oben S. 66 Anm. 4.

2 Vgl. oben S. 34.

3 Die auf der Inzidentkontrolle beruhende nachträgliche Prinzipalkontrolle kann deswegen auch zufolge der besonderen Art ihrer Einleitung aus einem gerichtlichen Verfahren heraus die nachträgliche Prinzipalkontrolle niemals ausschließen.

4 BETTERMANN, AöR 86/154 f. übersieht auch, daß das Rechtsschutzverfahren des Art. 19 Abs. 4 GG durch das Beanstandungsverfahren des Art. 100 Abs. 1 GG nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. dazu unten S. 78). Seine Ansicht müßte im übrigen dazu führen, daß in den Ländern, die wie etwa Bayern (vgl. 70 Anm. 7) nur die nachträgliche Normenkontrolle eingeführt haben, der einfache Gesetzgeber die ursprüngliche nicht einführen könnte. Zum Verhältnis ursprünglicher-nachträglicher Prinzipalkontrolle vgl. in diesem Zusammenhang auch BACHOF, AöR 86/ 187 f.

2. Unterabschnitt.
DIE BEFUGNIS ZUR REGELUNG DER URSPRÜNGLICHEN PRINZIPALKONTROLLE.

Das GG befaßt sich mit der ursprünglichen Prinzipalkontrolle in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2. Nach dieser Vorschrift entscheidet das BVerfG bei Meinungsverschiedenheiten und Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem GG oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages.

Von Art. 100 Abs. 1 GG unterscheidet sich diese Bestimmung vor allem dadurch, daß sie sich auf den Bundesbereich der Prinzipalkontrolle beschränkt. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG greift nicht in die Verfassungsautonomie der Länder ein. Die Länder sind in der Ausgestaltung der ursprünglichen Prinzipalkontrolle im Landesbereich von grundgesetzwegen nicht gebunden, weil Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nur die Überprüfung von Bundes- und Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts betrifft [1].

Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bindet deshalb nur den Bundesgesetzgeber. Das Ausmaß dieser Bindung hat zu einer Reihe von zum Teil sehr erheblichen Zweifelsfragen Anlaß gegeben, auf die nachfolgend einzugehen ist.

a)
DER UMFANG DER BINDUNG DES BUNDESGESETZGEBERS.

§ 15.
MASSTABS- UND GEGENSTANDSNORMEN DER URSPRÜNGLICHEN PRINZIPALKONTROLLE DURCH DAS BVERFG.

1. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sieht vor, daß das BVerfG über die Vereinbarkeit von Bundes- und Landesrecht mit dem GG und von Landesrecht mit dem sonstigen Bundesrecht zu befinden hat. Dadurch ist, abgesehen von der Festlegung des entscheidenden Gerichts, die zweifache Bestimmung der Maßstabsnormen und der Gegenstandsnormen dieses Verfahrens vor dem

1 Unstr., vgl. LECHNER, BVerfGG, Anm. 7 a zu § 13 Ziff. 6 und Anm. 4 zu § 13 Ziff. 10, SCHÄFER, JZ 51/201. Freilich bemessen beide den Rahmen der Gestaltungsfreiheit der Länder zu eng. Diese erstreckt sich nicht nur auf die Prüfung der Übereinstimmung von Landesrecht mit der Landesverfassung, sondern auf die ursprüngliche Prinzipalkontrolle im Landesbereich überhaupt.

BVerfG erfolgt. Der zur Bezeichnung der Maßstabs- und Gegenstandsnormen verwendete Terminus "Recht" umfaßt alles materielle Recht [1], gleichviel welcher Rangstufe [2] und ohne Rücksicht auf seine Entstehungszeit [3]. Auch hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu Art. 100 Abs. 1 GG [4]. Mit der Zuweisung der Kontrolle von Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts an das BVerfG stellt das GG im übrigen unter Beweis, daß es die Überprüfung von Akten der Landesgewalt auf ihre Bundesrechtmässigkeit als eine Bundesaufgebe bewertet [5].

Durch die Auswahl bestimmter Prüfungsmaßstäbe und -gegenstände gibt das GG zu erkennen, daß diese nur hier und nicht auch in anderen Verfahren ursprünglicher Prinzipalkontrolle im Verhältnis zueinander zulässige Maßstabs- und Gegenstandsnormen sein können. Die Vorschrift des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ist daher abschließend und zwingend insbesondere insofern, als die Grundgesetz- und sonstige Bundesrechtmäßigkeit der Rechtsvorschriften, die der Kontrolle des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG unterliegen, nur nach ihr geprüft werden kann [6]. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ist deshalb das BVerfG zunächst dazu berufen, ausschließlich über die Vereinbarkeit von Recht schlechthin mit dem GG zu entscheiden. In der bekannten Entscheidung des Ersten Senats vom 20. März 1952 hat folglich das BVerfG seine ihm hieraus erwachsende Aufgabe eines "Hüters der Verfassung" zu Recht hervorgehoben [7]. Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG aber ebenso ausschließlich für die Einhaltung der Bundesrechtsordnung durch das Landesrecht zuständig, so daß ihm daneben gleichwertig auch die Rolle eines "Hüters der Bundesrechtsordnung" zukommt [8].

---

1 Unstr., vgl. für alle LECHNER, Grundrechte, III/667 f.

2 Nach BVerfGE 3/225 auch Verfassungsrecht, dazu LECHNER, aaO, S. 663.

3 Also auch vorkonstitutionelles Recht, vgl. LECHNER, aaO, S. 667.

4 Vgl. oben S. 67 f.

5 Vgl. oben S. 41 und 42 Anm. 4.

6 Vgl. LECHNER, BVerfG, Anm. 7 a zu § 13 Ziff. 6, ULE, AöR 82/129. Mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG steht aber nicht fest, daß nur die Grundgesetzwidrigkeit von Bundesrecht, nicht aber auch andere Fehler bundesrechtlicher Vorschriften, etwa die Bundesgesetzwidrigkeit von Bundesrechtsverordnungen, überprüft werden dürften (dazu S.108 f.). Zu apodiktisch daher ULE, aaO.

7 BVerfGE 1/195 f.

8 Rechtsirrig daher Bad.-Württ. VGH, DÖV 62/228 ff., der im Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung (vgl. ESVGH 11/32) Gemeindesatzungen vom Begriff des "Landesrechts" im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ausnehmen will.

2. In Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG liegt folglich auch der richtige Ansatz zur Beantwortung der sehr umstrittenen Frage, ob im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle [1] auch Bundesrecht als Prüfungsmaßstab verwendet werden kann [2]. Hierbei ist auseinanderzuhalten, ob nach der grundgesetzlichen Regelung die Verwendung bundesrechtlicher Maßstabsnormen in diesem Verfahren überhaupt zulässig ist und ob der Gesetzgeber der VwGO, die Gültigkeit von § 47 VwGO einmal unterstellt [3], Bundesrecht als Prüfungsmaßstab auch zugelassen hat. Schon die erste Frage ist zu verneinen, unter der Voraussetzung freilich, daß es sich bei den Verfahren der verfassungsgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Prinzipalkontrolle um gleichartige, nämlich um Beanstandungsverfahren handelt [4]. Denn Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren können miteinander nicht kollidieren und sich folglich auch nicht gegenseitig ausschließen [5]. Fraglich ist nur, ob die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nicht oder nicht wenigstens auch ein Rechtsschutzverfahren darstellt. Die Meinungen darüber sind geteilt [6], aber auch diese Frage ist zu verneinen.

---

1 § 47 VwGO i. V. m. § 5 Ba-WüAGVwGO, Art. 10 BayAGVwGO, Art. 7 BremAGVwGO, § 11 HessAGVwGO, § 5 a SchlHAGVwGO, vgl. auch die §§ 25 der ehemaligen süddeutschen VGG'e.

2 In Bezug auf § 47 VwGO bejaht von FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 513, HERZOG, BayVBl. 61/369, MANG, BayVBl. 61/274, REDEKER - v. ÖRTZEN, VwGO, Rdnr. 10 zu § 47, BayVGH, DÖV 63/107 ff., vgl. auch Ba-WüVGH, DÖV 63/228 ff., verneint von BERGMANN, DÖV 61/266, KOEHLER, VwGO, Anm. I 3 zu § 47, EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 8 zu § 47, SCHUNCK-DE CLERCK, VwGO, Anm. I 2 e aa zu § 47, OVG Bremen, DÖV 61/264 und Ba-WüVGH, ES 11/27, 32 und 115. Für den wegen seiner Eigenschaft als Landesgesetz anders gelagerten Fall des § 25 VGG bejahend FORSTHOFF, aaO, 7. Aufl., S. 496, HOLDEGEL, DÖV 54/210 und BayVGHE (n.F.) 5/234, 7/80 ff., 8/135 f., 10/48, 12/54; ablehnend dagegen BERGMANN, VerwArch. 51/56, LECHNER, BVerfGG, Anm. 7 a zu § 13 Ziff. 6 und ULE, AöR 82/131.

3 Daß § 47 VwGO als Anordnung des einfachen Bundesgesetzgebers im Landesbereich der Normenkontrolle mangels ausdrücklicher grundgesetzlicher Zulassung nicht so unproblematisch ist, wie die h. M. annimmt, ergibt sich ohne weiteres aus den bisherigen Ergebnissen. Ausführlich dazu unten § 19.

4 Der Beanstandungscharakter des Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ist unstr., vgl. für alle LECHNER, Grundrechte, III/667.

5 So vor allem BETTERMANN, AöR 86/155, wie er BACHOF, AöR 86/187, DÜRIG, GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 IV, FORSTHOFF, aaO, 8. Aufl., S. 513, HERZOG, BayVBl. 61/371, a. A. wohl BERGMANN, DÖV 61/267 und SCHUNCK-DE CLERCK, VwGO, Anm. 2 e bb und ee zu § 47.

6 Dafür BERGMANN, VerwArch. 51/41, FORSTHOFF, aaO, S. 514, HERZOG, BayVBl. 61/369, MASSON, BayVBl. 57/235, REDEKER-v.ÖRTZEN, VwGO,

a) Die Befürworter des Rechtsschutzcharakters der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle verweisen zur Begründung ihrer Ansicht in der Regel auf die Ausgestaltung der Antragsbefugnis in § 47 VwGO. Damit ist jedoch nichts zu beweisen. Sicher geht es nicht an, schon aus dem bloßen Antragserfordernis auf die Rechtsschutzfunktion zu schließen [1]. Denn ein Antrag ist zur Verfahrenseinleitung bereits deshalb erforderlich, weil der Richter wegen seiner Unparteilichkeit ex officio nicht einschreiten kann [2]. Dagegen könnte aus der Antragsbefugnis gerade der Bürger auf den Rechtsschutzzweck gefolgert werden. Da indes daneben auch Behörden antragsberechtigt sind [3], führt das Argument nicht weiter, weil bei dieser Sachlage beliebig darüber gestritten werden kann, ob hier der Bürger als "Sachwalter der Allgemeinheit" (NIESE) oder umgekehrt die Behörde als Sachwalter der Bürgerinteressen tätig wird.

b) Ist daher aus der Antragsberechtigung für die Bestimmung des Verfahrenszwecks nichts zu gewinnen, so versagt auch das andere geläufige Argument, daß der Gesetzgeber mit § 47 VwGO ein Rechtsschutzverfahren einrichten wollte [4]. Richtig ist zwar, daß der RegEntw. zur VwGO den Charakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle als eines Rechtsschutzinstruments akzentuiert und deshalb das Antragsrecht der Behörden gestrichen hat [5]. Dem freilich widerspricht es bereits, daß nach ihm [6] der Vorrang der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst dann bestehen sollte, wenn der Antrag zum verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nur von bestimmten qualifizierten Antragstellern gestellt werden kann. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum ein Beanstandungsverfahren [7] ein Rechtsschutzverfahren verdrängen soll [8]. Abgesehen davon zeigt die weitere Behandlung des Behördenantragsrechts

---

Rdnr. 10 zu § 47, BayVGH, DVBl. 63/107 ff.; dagegen EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 5 zu § 47 und Anm. I 1 zu § 25 VGG, KOEHLER, VwGO, Anm. II 1 zu § 47, SCHOEN, Normenkontrolle, S. 407, BayVGH, BayVBl. 59/57.

1 Anders MENGER, Grundrechte, III/729.

2 BETTERMANN, Richterspruch, S. 372, RUMPF, VVDStRL 14/152 f.

3 § 47 Satz 2 VwGO, § 25 Abs. 1 Satz 2 VGG.

4 So zuletzt BayVGH, DVBl. 63/110.

5 BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 7 und 33.

6 AaO, S. 33.

7 Die verfassungsgerichtlichen Verfahren mit qualifizierten Antragstellern sind insgesamt Beanstandungsverfahren; vgl. auch oben S. 78 Anm. 4.

8 Vgl. S. 78.

im Gesetzgebungsverfahren, daß sich der Standpunkt des RegEntw. nicht durchgesetzt hat. Der Rechtsausschuß hat mit dem Behördenantrag die Lösung der VGG'e wieder übernommen [1] und in seinem Schriftlichen Bericht [2] ausdrücklich hervorgehoben, daß die Normenkontrolle der Rechtssicherheit und der ökonomischen Gestaltung des Prozeßrechts dient, ein übrigens auch in der amtl. Begr. des RegEntw. auftauchender Gesichtspunkt [3]. Rechtsklarheit und Prozeßwirtschaftlichkeit sind Momente der objektiven Rechtsbeanstandung; von Rechtsschutz ist in den Materialien des Rechtsausschusses nicht die Rede. Der Bundestag hat § 47 VwGO in der ihm durch den Rechtsausschuß gegebenen Fassung gebilligt und sich insoweit vom RegEntw. abgesetzt. Bei aller Vorsicht gegenüber Argumenten ad personam des historischen Gesetzgebers läßt sich daher mit den besseren Gründen behaupten, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als Beanstandungsverfahren ausgestaltet werden sollte [4]. Die Antragsbefugnis des Bürgers ist auch hier sinnvoll: einerseits wird der Privategoismus in den Dienst der Rechtsbeanstandung gestellt, andererseits wird durch die Beschränkung der Antragsbefugnis auf die virtuell Betroffenen eine Popularantragsbefugnis ausgeschlossen [5], um einer unerträglichen Ausweitung der Normenkontrolle vorzubeugen.

c) Soll die Unterscheidung zwischen Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren brauchbar sein, so muß es objektive und eindeutige Kriterien für sie geben. Eine klare und eindeutige Unterscheidung wird aber auch von der Verfassung gefordert. Diese geht, indem sie Beanstandungsverfahren abschliessend regelt, offensichtlich davon aus, daß beide Verfahrensarten zweifelsfrei auseinanderzuhalten sind. Es ist daher

---

1 BTDrs. 1094, 3. Wahlperiode, S. 31.

2 BTDrs. 1094, 3. Wahlperiode, S. 6.

3 BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33.

4 Die Materialien sind freilich hier wie auch sonst zu § 47 VwGO (vgl. etwa BETTERMANN, AöR 86/160 f.) reichlich widersprüchlich. Denn obwohl man im weiteren Gesetzgebungsverfahren von der Beanstandungsfunktion ausgegangen ist, ist übersehen worden, auch der gültigkeitsbejahenden Normentscheidung allgemeinverbindliche Wirkung beizulegen (vgl. § 47 Satz 4 VwGO, der im Prinzip der Regelung von § 95 Abs. 3 BVerfGG entspricht). Kritisch zu dieser Unterlassung BETTERMANN, aaO, m. Nachw.; zu ihren Konsequenzen vgl. Ba-WüVGH, DÖV 62/706 ff.

5 BETTERMANN, AöR 86/180 ff., BERGMANN, VerwArch. 51/53, HUFNAGL, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 139, KOEHLER, VwGO, Anm. V 1 zu § 47, MASSON, BayVBl. 57/236, SCHOEN, Normenkontrolle, S. 413, Wü-BaVGH, DÖV 50/282 f.

zwingend geboten, die allgemeinverbindliche Normentscheidung als den Beanstandungsverfahren vorbehalten zu erachten, weil dies die einzige Möglichkeit darstellt, Beanstandung und Rechtsschutz einwandfrei zu unterscheiden. Etwas anderes wäre nur dann zu erwägen, wenn der Rechtsschutz bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften eine allgemeinverbindliche Normentscheidung erfordern würde. Das ist nicht der Fall. Es wird im folgenden noch eingehend darzulegen sein [1], daß die in Art. 19 Abs. 4 GG und den landesrechtlichen Rechtsschutzklauseln [2] gemeinte Rechtsverletzung nur zu einer Entscheidung über diese Rechtsverletzung und nicht oder nicht auch zu einer Entscheidung über die Normgültigkeit führen kann. Es ist prozessual auch nicht zu erklären, warum und wie die geltend gemachte Rechtsverletzung zu einer prinzipalen Normentscheidung führt [3]. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist deshalb ein Beanstandungsverfahren, weil bei ihr eine allgemeinverbindliche Normentscheidung ergeht. Daran ändert sich auch nichts durch den Umstand, daß nach § 47 Satz 4 VwGO die Allgemeinverbindlichkeit systemwidrig auf die gültigkeitsverneinende Entscheidung beschränkt ist [4]. Ist aber die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ein Verfahren prinzipaler Rechtsbeanstandung, weil nicht über eine Rechtsverletzung, sondern allgemeinverbindlich über die Unwirksamkeit einer Rechtsvorschrift entschieden wird, so kann Bundesrecht kein für sie in Frage kommender Prüfungsmaßstab sein, weil nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG das BVerfG ausschließlich für die Überprüfung von Landesrecht am Maßstab des Bundesrechts zuständig ist [5]. Es bedarf keiner Begründung, daß der Bundesgesetzgeber eine nach Verfassungsrecht ausschließlich eingeräumte Zuständigkeit weder umgehen noch sonstwie beeinträchtigen kann [6].

---

1 Vgl. unten § 17.

2 Vgl. die Nachw. bei BETTERMANN, Grundrechte, III/828 f.

3 Die Schwäche der Ausführungen von BETTERMANN, AöR 86/176 ff., liegt darin, daß er, obwohl er von einem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Bürgers gegenüber dem Gesetzgeber ausgeht, nicht zu erklären vermag, warum dieser materiellrechtliche Leistungsanspruch bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften zu einem Feststellungsverfahren über die Normgültigkeit und nicht, wie man wohl annehmen dürfte, zu einem Leistungsverfahren führt.

4 Vgl. dazu oben S. 80 Anm. 4.

5 Zu dem unhaltbaren Versuch des Ba-WüVGH, diese Konsequenz für Ortsrecht zu umgehen, vgl. oben S. 77 Anm. 8.

d) Damit ist zugleich die Antwort auf eine weitere Streitfrage gefunden, mit der das Verhältnis von verwaltungsgerichtlicher zu verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle belastet ist. Uneinigkeit besteht nämlich darüber, ob der Vorrang der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle absoluter oder nur relativer Art [1] ist [2]. Gemeint ist damit folgendes: Ob eine Rechtsvorschrift verfassungsgerichtlich "nachprüfbar" ist, wie es in § 47 Satz 1 VwGO heißt, kann verschieden beurteilt werden, je nachdem man darauf abstellt, ob die Vorschrift überhaupt oder gerade in dem gegebenen Fall der verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterliegen kann. Im Grunde handelt es sich hier um dieselbe Frage der Rechtsgeltung [3]; auch für sie folgt aus dem allgemeinen Rechtsquellenrecht, daß eine abschließende Zulässigkeitsregelung im GG nicht durch einfaches Gesetzesrecht umgangen werden kann. Am absoluten Vorrang der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle kann deshalb kein Zweifel bestehen.

---

6 Methodisch ist es daher nicht richtig, hier immer mit den "Intentionen" des Gesetzgebers der VwGO zu operieren, wie das etwa bei BACHOF, AöR 86/193, HERZOG, BayVBl. 61/368, MANG, BayVBl. 61/274 u. a. der Fall ist. Die Soweitklausel in § 47 Satz 1 VwGO hat auch keine schlechthin konstitutive Bedeutung, wie es vor allem die amtl. Begr. zum RegEntw. der VwGO, BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33, anzunehmen scheint. Eine solche kommt, vom Landesrecht abgesehen, nur gegenüber solchen verfassungsgerichtlichen Verfahren in Betracht, die auf einfachem Bundesgesetz beruhen, weil nur hier die Wirkung der VwGO als lex posterior beseitigt werden kann. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist deshalb gegenüber der verfassungsgerichtlichen auch nicht subsidiär, wiewohl das häufig behauptet wird. Denn Subsidiarität ist ein Beziehungsverhältnis von Rechtsvorschriften, die zwar gleichzeitig gelten, aber nicht gleichzeitig anwendbar sind. § 47 VwGO gilt aber nur in dem Umfang, in dem er sich mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nicht deckt. Die Frage, ob Bundesrecht ein nach § 47 VwGO zulässiger Prüfungsmaßstab ist, gehört mithin zur Zulässigkeit und nicht zur Begründetheit des Kontrollantrags (a. A. OVG Bremen, DÖV 61/264 ff., BayVGH, BayVBl. 62/57 und DVBl. 63/107 ff., Ba-WüVGH, ESVGH 11/32 ff. und 115 ff.).

1 Man spricht hier auch von abstrakter und konkreter "Subsidiarität" (vgl. HERZOG, BayVBl. 61/369). Daß der Terminus "Subsidiarität" hier nicht paßt, ist in der vorstehenden Anm. nachgewiesen.

2 Nachw. bei HERZOG, aaO; BayVGH, DVBl. 63/107 ff., Ba-WüVGH, DÖV 63/228 ff. außerdem.

3 Verknüpft freilich mit der Frage der Regelung der Antragsberechtigung, die anschließend in § 16 zu behandeln ist.

§ 16.

DIE ANTRAGSBERECHTIGTEN DER BUNDESVERFASSUNGSGERICHTLICHEN PRINZIPALKONTROLLE.

Aus der Enumeration der zur abstrakten Prinzipalkontrolle Antragsberechtigten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG folgt nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung der limitative Charakter der Aufzählung. Nur die Bundesregierung, die Landesregierungen oder ein Drittel der Mitglieder des Bundestages können ein ursprüngliches Prinzipalkontrollverfahren vor dem BVerfG in Gang setzen. Der Kreis der Antragsberechtigten ist gewollt eng gehalten [1]. Das GG geht davon aus, daß ein so einschneidendes Instrument wie das der prinzipalen Normenkontrolle nur in die Hände weniger, besonders qualifizierter Verfassungsorgane gelegt werden kann. Die abschließende Aufzählung der Antragsberechtigten in Art. 93 Abs.1 Nr. 2 GG scheint unstreitig zu sein [2]. Gleichwohl sieht man sich dadurch weithin nicht gehindert, das Ergebnis der prinzipalen Normenkontrolle, die allgemeinverbindliche Normentscheidung, auch durch andere als die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG genannten Antragsteller herbeiführen zu lassen. Das ist, soweit dadurch die ausschließliche Geltung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG beeinträchtigt wird [3], verfassungswidrig.

1. Als Vertreter der Meinung, daß im Geltungsbereich von Art. 93 Abs.1 Nr. 2 GG eine allgemeinverbindliche Normentscheidung auch durch andere als die dort aufgezählten Antragsteller herbeigeführt werden kann, sind zunächst diejenigen zu nennen, die den Sinn der der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle in § 47 Satz 1 VwGO beigefügten Vorbehaltsklausel darin erblicken, die Wahl zwischen mehreren Prinzipalverfahren zu verhindern. Es sind dies die Vertreter der vorerwähnten [4] Ansicht vom relativen Vorrang der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle und der Zulässigkeit von Bundesrecht als Maßstabsrecht im Verfahren nach § 47 VwGO [5]. Diese Ansichten lassen sich nicht auf die verfehlte Bestimmung des § 47 Satz 4 VwGO [6] stützen, weil bereits die

1 V. MANGOLDT, GG, S. 508, m. Nachw.

2 Vgl. etwa BETTERMANN, Grundrechte, III/789, m. Nachw. in Anm. 41, ULE, AöR 82/129.

3 D. h. die Überprüfung der Vereinbarkeit von Bundes- und Landesrecht mit dem GG und von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht.

4 Vgl. oben S. 82.

5 Vgl. oben S. 78.

6 Vgl. dazu oben S. 80 Anm. 4 und BETTERMANN, AöR 86/160 f.

Allgemeinverbindlichkeit der gültigkeitsverneinenden Normentscheidung die Geltung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG beeinträchtigt.

§ 47 VwGO ist indes nicht die einzige Vorschrift, aus der im Geltungsbereich des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG die Zulässigkeit einer allgemeinverbindlichen Normentscheidung auf Antrag anderer als der nach der Verfassung berechtigten Antragsteller abgeleitet wird. Hinzu kommen die Verfahrensvorschriften [1], die Rechtsschutz bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften gewähren.

a) Dazu gehört vor allem die Verfassungsbeschwerde nach den §§ 90 ff. BVerfGG. Daß mit ihr Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften gerügt werden können, ergibt sich ausdrücklich aus den §§ 93 Abs. 2 und 3, 95 Abs. 3 BVerfGG. Nach dem durch das Änderungsgesetz vom 3. August 1963 [2] eingefügten § 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG haben jetzt Entscheidungen bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsvorschriften nach § 95 Abs. 3 BVerfGG ausdrücklich an der Gesetzeskraft des § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG teil [3]. Sie sind danach allgemeinverbindlich und unterscheiden sich in nichts von prinzipalen Normentscheidungen gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Zwar ist der Umfang der nach den §§ 90 ff. BVerfGG rügefähigen Rechte begrenzt. Angesichts der extensiven Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 2 GG, derzufolge jedermann durch Verfassungsbeschwerde geltend machen kann, eine seine Handlungsfreiheit beschrankende Vorschrift gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung [4], wird indes deutlich, in welch weitem Umkreis das BVerfG auch über die §§ 95 Abs. 3, 31 Abs. 2 Satz 1 und 2 BVerfGG zu allgemeinverbindlichen negativen Normentscheidungen kommen kann.

Rechtsschutz bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften wird nach jetzt wohl herrschender Meinung [5] außerdem durch Art.

---

1 Und zwar nur solche des Bundesrechts, weil für die Bundesnormenkontrolle nur bundesrechtliche Konkurrenzvorschriften in Frage kommen.

2 BGBl. I S. 589.

3 Das Gesetz vom 3. August 1963 sanktioniert lediglich die Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 3, 19; zu dieser zustimmend BETTERMANN, AöR 86/152, GEIGER, BVerfGG, Anm. 10 zu § 95, GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 72, 75, HERZOG, BayVBl. 61/371 Anm. 10, ablehnend JESCH, JZ 54/528, LECHNER, Grundrechte, III/713 und BVerfGG, Anm. 3 zu § 95, SCHÄFER, NJW 54/1467, ZWEIGERT, JZ 52/327.

4 BVerfGE 6/41, 9/11, 88, 10/99, 11/236 f.

5 Vgl. BETTERMANN, AöR 86/153 f. und Grundrechte, III/789, DÜRIG, GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 IV, je m. weiteren Nachw.

19 Abs. 4 GG gewährleistet. Ob diese Auslegung richtig ist, kann für diese Untersuchung dahinstehen. Hier ist lediglich von Bedeutung, wie die Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Legislativakten zu leisten ist. Dazu wird, wenn man von der ungeklärten Frage absieht, in welcher Verfahrensform der Rechtsschutz zu gewähren ist [1], ebenso wie auch bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze [2], angenommen [3], daß ein Rechtsschutzverfahren gegen legislatives Unrecht nur in einer allgemeinverbindlichen Entscheidung über die Normgültigkeit enden kann [4].

b) Sollte der Rechtsschutz unmittelbar gegenüber Rechtsvorschriften notwendig zu einer allgemeinverbindlichen Normentscheidung führen, so stünde fest, daß Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren letztlich nicht zu unterscheiden sind und daß das GG [5] von falschen Voraussetzungen ausgeht. Denn dadurch, daß das GG Beanstandungsverfahren [6] abschließend regelt, gibt es zu erkennen, daß es Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren für unterscheidbar hält und zwingt es auch zu einer eindeutigen Unterscheidung [7]. Diese ist aber nicht mehr möglich, wenn beide Verfahrensarten zu gleichen Ergebnissen, zu gleichen prinzipalen Normentscheidungen führen. Dies umso mehr, als es sonst keine Kriterien gibt [8], die sichere Schlüsse auf die Verfahrensart zulassen würden. Der Nachweis, daß der Rechtsschutz gegenüber Normen nur durch allgemeinverbindliche Normentscheidungen erfolgen kann, steht freilich noch aus [9].

---

1 Dazu BETTERMANN, Grundrechte, III/801 ff.

2 Vgl. oben S. 84.

3 So vor allem BETTERMANN, AöR 86/160 f., 156, a. A. DÜRIG, GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 IV.

4 Geht man einerseits unbedenklich von der allgemeinverbindlichen Rechtsschutzentscheidung gegenüber Normen aus, so kann man schlecht die Anwendung von Art. 19 Abs. 4 GG auf Rechtsverletzungen durch Normen ablehnen mit der Begründung, daß dadurch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG verletzt würde, ohne zugleich auch die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze anzugreifen. Offensichtlich widersprüchlich daher SCHERER, Verfassungsbeschwerde, S. 288 ff.

5 Ebenso wie auch die Landesverfassungen.

6 Also nicht nur Normenkontrollverfahren.

7 Von hier aus läßt sich auch ein Aspekt für den Streit um den Bindungsumfang verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gewinnen. Wenn das GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ein prinzipales Interpretationsverfahren abschließend regeln sollte, dann können Interpretationen in den Entscheidungsgründen nicht nach § 31 Abs. 1 BVerfG allgemein binden. Anders LECHNER, Grundrechte, III/712 f.

8 Auch nicht die Antragsberechtigung, vgl. oben S. 79.

2. Das Verhältnis von § 90 BVerfGG zu Art. 19 Abs. 4 GG ist ebenfalls ungeklärt. § 90 BVerfGG ist wohl die speziellere Vorschrift [1], weil sie nur die Rüge der Grundrechtsverletzung erlaubt [2]. Andererseits gilt Art 19 Abs. 4 GG nur für den Fall, daß nicht schon ein Gerichtsweg gegeben ist [3]. Hierzu hat das BVerfG entschieden, daß eine "andere Zuständigkeit" im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG keine verfassungsgerichtliche Zuständigkeit sein kann [4]. Folglich muß auch die Zuständigkeit des BVerfG nach § 90 BVerfGG dafür ausscheiden. Das durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Rechtsschutzverfahren unmittelbar gegenüber Rechtsvorschriften muß folgerichtig ein "Rechtsweg" im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG sein, wofür es unerheblich ist, auf welchem Gerichtsweg dieser Rechtsweg zu beschreiten ist [5]. Die Verfassungsbeschwerde gegen Normen vor dem BVerfG gem. §§ 90 ff. BVerfGG ist deshalb erst dann zulässig, wenn dieser Rechtsweg erschöpft ist.

Die erwähnte Auslegung von Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ist vor allem von BETTERMANN [6] angegriffen worden mit der Begründung, daß sie weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Vorschrift entspräche. Aber auch wenn BETTERMANN darin rechtgegeben werden müßte, daß die vom BVerfG vertretene Auslegung fehl geht, müßte man gerade von seinem Standpunkt aus zum gleichen Verhältnis von Rechtsschutz gegenüber Normen nach Art. 19 Abs. 4 GG und Verfassungsbeschwerde gegen Normen nach §§ 90 ff. BVerfGG gelangen. Denn weil gerade er besonders auf den Zweck des § 90 Abs. 2 BVerfGG abhebt, das BVerfG zu entlasten [7], liegt die Annahme nahe, daß die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze eben keine "andere Zuständigkeit" im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG begründet hat, sondern vielmehr der durch Art. 19 Abs. 4 GG eröffnete Rechtsschutz den "Rechtsweg" darstellt, nach dessen Erschöpfung erst das BVerfG gem. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG angerufen werden kann. Weil BETTERMANN den Rechtsschutz gegenüber Normen mit der prinzipalen Normenkontrolle mehr oder weniger identifiziert, darum bleibt ihm dieser Weg verschlossen.

---

9 Auch BETTERMANN, AöR 86/129 ff., liefert dafür keinen Nachweis.

1 BETTERMANN, AöR 86/152.

2 Freilich in der weiten Auslegung durch das BVerfG, dazu oben S. 84.

3 Zu dessen Voraussetzungen DÜRIG, GG, Rdnr.39 ff. zu Art. 19 IV.

4 BVerfGE 1/344. 5 Dazu BETTERMANN, Grundrechte, III/815 ff.

6 AaO, S. 823, vgl. auch DÜRIG, GG, Rdnr. 54 zu Art. 19 IV und SEIWERTH, Verfassungsbeschwerde, S. 34.

7 AöR 86/148 ff.

Jedenfalls unterscheidet er sich in dieser Frage nicht wesentlich von der h. M. [1], nach der ein Rechtsweg gegen Rechtsverletzung unmittelbar durch Rechtsvorschriften nicht besteht [2]. Diese Meinung ist aber unhaltbar auf der Grundlage der wiederum von der h. M. [3] vertretenen Annahme, daß Art. 19 Abs. 4 GG auch gegen legislatives Unrecht schützt. Ein nach Art. 19 Abs. 4 GG gegen Rechtsverletzung unmittelbar durch Legislativakte bestehender Rechtsschutz [4] ist deshalb als Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG anzusehen [5].

a) Das BVerfG, das einen Rechtsweg unmittelbar gegen Normen nicht anerkennt [6], hat in der Mehrzahl der von ihm entschiedenen Fälle die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Rechtsvorschriften dann zugelassen, wenn der Beschwerdeführer selbst gegenwärtig und unmittelbar betroffen war [7]. In Ausnahmefällen hat es dagegen trotz bereits eingetretener Rechtsbeeinträchtigung die gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit verneint [8] und den Beschwerdeführer auf die Anfechtung des aufgrund der gerügten Vorschrift erlassenen oder zu erwartenden VA verwiesen [9]. Im Anschluß an BETTERMANN [10] scheint es richtiger zu sein, in diesen Fällen nicht einen Mangel an Betroffenheit, sondern allenfalls an Rechtsschutzbedürfnis anzunehmen. BETTERMANN will freilich das Rechtsschutzbedürfnis immer dann schon verneinen, wenn die beanstandete Vorschrift vollzugsfähig, aber noch nicht vollzogen ist, und zwar ohne Rücksicht auf das unter Umständen erhebliche Risiko des Betroffenen, insbesondere bei strafbewehrten Vorschriften [11]. Ob diese Zumutung,

---

1 So im Anschluß an § 93 Abs. 2 BVerfGG GEIGER, BVerfGG, Anm. 7 zu § 90 und Anm. 5 zu § 93 und LECHNER, Anm. 1 a zu § 90 Abs. 2 und Anm. zu § 93 Abs. 2, vor allem aber die ständige Rspr. des BVerfG, vgl. die Beispiele und Nachw. bei BETTERMANN, AöR 86/130 ff.

2 Vgl. Grundrechte, III/823 f. und AöR 86/152 f.

3 Vgl. S. 84 Anm. 5.

4 Letztlich der ordentliche Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG.

5 So zutreffend DÜRIG, GG, Rdnr. 54 zu Art. 19 IV. Zu beachten ist, daß dieser Rechtsweg im Geltungsbereich des Art. 100 Abs. 1 GG eine Verfassungsbeschwerde unter Umständen erübrigt.

6 Vgl. Anm. 1. 7 Kritisch dazu BETTERMANN, AöR 86/130 ff.

8 So etwa in BVerfGE 1/96, 2/294, 7/197.

9 Die im Zusammenhang damit von BETTERMANN, AöR 86/135 getroffene Unterscheidung von Pflicht und Pflichtigkeit dürfte sehr problematisch sein und eine Quantität mit einer Qualität verwechseln.

10 AöR 86/144 ff.

11 AöR 86/158 ff., dagegen mit begründeten Bedenken BACHOF, AöR 86/189 f.

sich erst bei nur noch durch den tatsächlichen Vollstreckungsakt zu steigerndem Eingriff seine Rechte verteidigen zu können, dem geltenden Recht entspricht, mag hier offen bleiben [1]. Dagegen interessiert der Grund für diese strenge Auffassung von der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsvorschriften, der offensichtlich außerhalb der Verfassungsbeschwerde selbst liegt. BETTERMANN [2] meint nämlich, daß sonst auch im Rechtsschutzverfahren gegen Rechtsvorschriften nach Art. 19 Abs. 4 GG die bloße Betroffenheit für die Zulässigkeit dieses Verfahrens genügen müsse, was wegen der fehlenden Konzentrierung dieses Rechtsschutzes bei einem einzigen Gericht zu unerträglichen Folgen führe [3].

b) Diese Bestimmung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsvorschriften mit Blick auf behauptete Mängel eines anderen Verfahrens ist gewiß nicht bedenkenfrei, weder methodisch, noch im Ergebnis [4]. Doch soll es darauf an dieser Stelle nicht weiter ankommen. Erheblich für den Fortgang der Untersuchung sind dagegen die tieferen Grunde für BETTERMANN's Ansicht. Ausgehend von der richtigen Erkenntnis, daß es eine relative Unwirksamkeit von Rechtsvorschriften nicht geben kann [5], ist es unabweislich, daß der Rechtsschutz gegen Rechtsvorschriften zu Unverträglichkeiten führen muß, wenn er in allgemeinverbindlichen Normentscheidungen endet [6]. Welche Gerichtsbarkeit auch immer für diesen Rechtsschutz zuständig sein mag[7], eine den §§ 90 ff. BVerfGG entsprechende Konzentration bei einem Gericht ist nicht gewährleistet [7]. Die allgemeinverbindliche Normentscheidung ohne konzentrierte und monopolisierte Erkenntniszuständigkeit ist ein Unding [8]. Damit steht man vor der herben Erkenntnis, daß, wenn der Rechtsschutz vor Rechtsvorschriften nur durch allgemeinver-

1 Für vollzugsunfähige Vorschriften gelten BETTERMANN's Ausführungen ohnehin nicht, was ihre Bedeutung von vornherein relativiert.

2 AöR 86/152 f., 164 ff.

3 Für DÜRIG, GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 IV gibt es diese Schwierigkeit nicht.

4 Nach Art. 19 Abs. 4 GG scheint jede Rechtsbeeinträchtigung ohne Rücksicht auf ihre Intensität zu genügen. Kritisch zu BETTERMANN, wenn auch mit anderen Gründen, BACHOF, AöR 86/189 f.

5 Vgl. oben S. 8, vgl. aber BACHOF, AöR 86/191.

6 Vgl. oben S. 84 Anm. 2 und 85 Anm. 3 für die Nachw. der These von der Allgemeinverbindlichkeit, ferner BACHOF, AöR 86/188 ff. und SCHERER, Verfassungsbeschwerde, S. 290 ff.

7 BETTERMANN, AöR 86/164 ff. 8 Vgl. oben S. 9.

bindliche Normentscheidung geleistet werden kann, nicht nur eine genaue Abgrenzung zwischen Rechtsbeanstandung und Rechtsschutz nicht möglich ist, sondern, jedenfalls de lege lata, mangels eines Entscheidungsmonopols hinsichtlich des Rechtsschutzes gegen Rechtsvorschriften nach Art. 19 Abs. 4 GG wegen der Möglichkeit abweichender Normentscheidungen der Sinn der Rechtsbeanstandung geradezu in Frage gestellt wird.

3. Diese Schwierigkeiten lösen sich, wenn man, wie es anscheinend vom Verfassungsrecht gefordert wird, die allgemeinverbindliche Normentscheidung den prinzipalen Normprüfungsverfahren vorbehält. Diese Lösung hält nicht nur den Verfassungsgebern zugute, sich der der Normierung der Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren etwas gedacht zu haben. Sie liefert vor allem ein brauchbares und umfassendes System der Garantien des Rechts [1], mit dem der heillosen Relativierung von Beanstandung und Rechtsschutz im geltenden Verfahrensrecht ein Ende bereitet werden kann. Voraussetzung für sie ist der Nachweis, daß der Rechtsschutz gegenüber Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften nicht zu einer allgemeinverbindlichen Normentscheidung führen muß. Die Frage des Rechtsschutzes gegenüber fehlerhaften Legislativakten muß daher nachfolgend untersucht werden. Gelingt der angestrebte Nachweis, dann ist vor allem auch die Nichterwähnung von § 95 Abs. 3 BVerfGG in § 31 Abs. 2 BVerfGG in seiner ursprünglichen Fassung zu Recht erfolgt und die Vorschrift wäre besser nicht geändert worden [2].

---

1 Vgl. oben S. 12 ff.

2 Vgl. oben S. 84.

§ 17.

EXKURS: DAS RECHTSSCHUTZVERFAHREN BEI RECHTSVERLETZUNGEN UNMITTELBAR DURCH RECHTSVORSCHRIFTEN.

1. Bevor noch in Einzelheiten auf die Verfahrensprobleme des Rechtsschutzes gegenüber Rechtsvorschriften eingegangen wird, soll dem allgemeinen Einwand nachgegangen werden, den BETTERMANN [1] mit der Frage aufgeworfen hat, ob hier eine Entscheidung, die nicht allgemeinverbindlich über die Normgültigkeit befindet, für den Bürger überhaupt von Nutzen sein kann. Gewiß ist mit einer derartigen Entscheidung der Gültigkeitszweifel formell nicht beseitigt [2]. Der Gültigkeitszweifel braucht aber formell nicht beseitigt zu werden, wenn sich aus einer solchen Rechtsschutzentscheidung die Unanwendbarkeit einer zu Recht angegriffenen Vorschrift auf den Beschwerdeführer ergeben kann.

Das ist wegen § 31 Abs. 1 BVerfGG bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsvorschriften nach §§ 90 ff. BVerfGG [3] der Fall. Mag über die Tragweite dieser Vorschrift noch so große Uneinigkeit herrschen [4], so steht doch außer Zweifel, daß jedenfalls der Tenor einer Entscheidung des BVerfG nach § 95 BVerfGG in Bund und Ländern verbindlich ist für alle Behörden im weitesten Sinne. Es kann gleich sein, ob der Tenor dieser Entscheidung auf Nichtigkeit der angegriffenen Vorschrift lautet oder dahin, daß der Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt ist, im einen wie im andern Fall ist die Anwendung der betreffenden Vorschrift durch eine staatliche Behörde auf den Antragsteller des jeweiligen Verfahrens ausgeschlossen.

Anders verhält es sich dagegen mit Entscheidungen nach Art. 19 Abs. 4 GG. Hier kann eine Entscheidung nur nach Maßgabe der allgemeinen Verfahrensgesetze ergehen, die eine § 31 Abs. 1 BVerfGG entsprechende generelle Bindung aller staatlichen Gewalten nicht ausdrücklich vor-

---

1 AöR 86/165. 2 Vgl. oben S. 8 ff.

3 Für die Entscheidungen der Landesverfassungsgerichts vgl. die Nachw. bei BETTERMANN, ZZP 72/36 Anm. 3.

4 Streitig ist in erster Linie, ob auch die Gründe der Entscheidung binden (vgl. LECHNER, Grundrechte, III/712 f. m. Nachw., ferner bereits oben S. 85 Anm. 7). Die bejahende Ansicht steht nicht nur in Widerspruch zur Tradition des deutschen Prozeßrechts, nach der stets nur ein bestimmter Fall und keine abstrakte Rechtsfrage zu entscheiden ist. Sie scheint auch dem Verfassungsrecht zu widersprechen, weil sie die Grenzen zwischen Prinzipal- (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) und Inzidentinterpretation wie zwischen Rechtsbeanstandung und Rechtsschutz verwischt (typisch dafür LECHNER, aaO).

gesehen. Soweit Rechtsschutzverfahren gegen Normen nach Art. 19 Abs. 4 GG zu nachträglichen Prinzipalkontrollverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG oder den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften [1] auflaufen, können sich keine Schwierigkeiten ergeben. Die verfassungsgerichtliche Entscheidung präjudiziert die Rechtsschutzentscheidung [2] und beseitigt allgemeinverbindlich den Gültigkeitszweifel. Allerdings ist das nur im engen Anwendungsbereich der nachträglichen Prinzipalkontrolle [3] der Fall, insbesondere unter der Voraussetzung, daß das in concreto angerufene Gericht zu der Überzeugung kommt, die angegriffene Norm sei verfassungswidrig [4]. Aber auch in der Mehrzahl der übrigen Fälle ist nur ein Ergebnis möglich, das dem für die Verfassungsbeschwerde wegen § 31 Abs. 1 BVerfGG geltenden Zustand entspricht. Es braucht hier auf die in der modernen Prozeßlehre gepflegte Tendenz der Ausdehnung der subjektiven Rechtskraftwirkungen [5] nicht eingegangen zu werden, weil die Rechtsschutz-ratio des Art. 19 Abs. 4 GG eine Bindung des Staates in jeder Erscheinungsform an die einmal ergangene Rechtsschutzentscheidung erzwingt und insofern das bestehende Prozeßrecht modifiziert. Sicher sind hierbei noch viele wichtige Einzelfragen, etwa die nach dem Verfahrensgegener des Rechtsschutzsuchenden, offen [6]. Aber auch sie können unerörtert bleiben, weil eine vom Gesetzgeber unterlassene oder bislang übersehene Detailregelung an der Richtigkeit eines Verfahrenssystems nichts ändern kann. Stellt die Rechtsschutzentscheidung nur die Rechtsverletzung, nicht aber die Normungültigkeit fest, so wird dadurch auch nicht die Normgeltung relativiert [7], sondern nur die Rechtsbeanstandung in geforderter Deutlichkeit vom Rechtsschutz unterschieden.

2. Gefragt ist also, um nochmals zu präzisieren, ob der Rechtsschutz gegenüber Normen eine allgemeinverbindliche Normentscheidung erfordert. Die vom Verfassungsrecht vorausgesetzte Unterscheidung zwischen Bean-

---

1 Vgl. oben S. 51 Anm. 3 ff. 2 BACHOF, AöR 86/187 f.

3 Also in der Regel nur bei nachkonstitutionellen formellen Gesetzen, in Ausnahmefällen (vgl. S. 63 Anm. 3) auch bei vorkonstitutionellem und untergesetzlichem Recht.

4 Im andern Fall bleibt immerhin die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche Rechtsschutzentscheidung, für die wiederum das oben S. 90 Ausgeführte gilt.

5 Für alle BÖTTICHER, Bindung, S. 535 ff., m. Nachw.

6 Das gleiche gilt auch für die andere Lösung, die sich deswegen nicht durch praktische Vorteile auszeichnet.

standung und Rechtsschutz gründet auf der Verneinung dieser Frage, deren positive Beantwortung, löst man sich einmal von den üblich gewordenen Klischees, keineswegs so selbstverständlich ist, wie die h. M. annimmt [1]. Für die Lösung des Problems ist es unerläßlich, von den materiellrechtlichen Besonderheiten der Rechtsverletzung unmittelbar durch Rechtsvorschrift auszugehen [2], weil alles Verfahrensrecht nur der Durchsetzung des materiellen Rechts dient [3] und mithin vom materiellen Recht abhängt [4]. Die nach der Art der begehrten Entscheidung und des dem Verfahrensbegehren zugrunde liegenden materiellen Rechts in die drei Kategorien der Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsverfahren unterscheidbaren Verfahrensarten [5] sind daher nach Voraussetzungen und Auswirkungen mehr oder weniger vom materiellen Recht determiniert [6]. Daraus folgt auf den ersten Blick, daß beim Rechtsschutz gegen Rechtsvorschriften ein Gestaltungsverfahren von vornherein ausgeschlossen ist, weil die rechtswidrige Rechtsvorschrift ipso iure unwirksam ist und für einen Akt der Rechtsgestaltung deshalb keinen Anhalt gibt [7].

3. Eine Leistungsklage des Rechtsschutzsuchenden hat einen materiellen Leistungsanspruch zur Voraussetzung, der durch die gerichtliche Sachentscheidung zum vollstreckbaren Leistungsbefehl wird [8]. Ein Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem normsetzenden Staat besteht grundsätzlich nicht.

a) Es ist hier nicht der Ort zu prüfen, ob und in welchem Umfang es überhaupt Leistungsansprüche gegenüber dem Normgeber gibt. Insbesondere kann hier unerörtert bleiben, ob unter gewissen Voraussetzungen [9] nicht ein Anspruch auf ein bestimmtes Tätigwerden des Gesetzgebers an-

---

1 Bereits vom Grundsatz des ne eat iudex ultra petita partium her ergeben sich Bedenken.

2 So grundsätzlich auch BETTERMANN, AöR 86/176.

3 ROSENBERG, Lehrbuch, S. 2 ff., m. Nachw.

4 Vgl. dazu bereits oben S. 19; gegen die oft übertriebene Betonung der sog. Selbständigkeit des Verfahrensrechts zu Recht BLOMEYER, AcP 159/405.

5 BACHOF, Vornahme, S. 54; kritisch zu den gescheiterten Versuchen, weitere Verfahrensarten einzuführen KISCH, Urteilslehre, S. 163.

6 BACHOF, aaO.

7 Korrekterweise müßte vom Gestaltungsrecht ausgegangen werden. Ein solches besteht gegenüber der rechtswidrigen Norm ebensowenig wie gegenüber dem rechtswidrigen VA (mehr dazu bei RUPP, AöR 85/311). Da es bei Normen zudem nur eine Normfehlerfolge gibt, ist es nicht indiziert, wie beim nichtigen VA aus "praktischen Gründen" eine Anfechtung zuzulassen.

zunehmen ist [1]. Für diese Untersuchung kommt es ausschließlich darauf an, ob ein Anspruch auf Unterlassen normwidriger Normen oder wenigstens ein Anspruch auf Beseitigung der einmal erlassenen normwidrigen Norm besteht. Beides ist nicht der Fall.

b) So gewiß einerseits von der Existenz staatsgerichteter subjektiver öffentlicher Rechte ausgegangen werden muß [2], so fragwürdig ist bereits die von der h. M. [3] vorgenommene Identifizierung der dem Bürger von verfassungswegen eingeräumten status mit den subjektiv-öffentlichen Rechten [4]. Die h. M. irrt bereits in der Annahme, daß einer Pflicht des Staates denknotwendig ein subjektives Bürgerrecht korrespondieren müsse [5]. Die vor allem auf Rechtsschutzüberlegungen beruhende Gleichsetzung von status und subjektivem Recht ist, wie RUPP [6] aufgezeigt hat, im Ansatz wie im Ergebnis unzutreffend [7]. Richtig verstanden ist der status libertatis ganz im Sinne G. JELLINEK's [8] der Rechtszustand der Freiheit vor ungesetzlichem Zwang [9], aus dessen Verletzung erst subjektiv-öffentliche Rechte, sog. Abwehrrechte [10] entspringen. Ein aus dem Freiheitsstatus abzuleitender Anspruch des Bürgers auf Unterlassen statusverletzender Legislativakte kann deshalb nicht bestehen, sodaß es hier unerheblich ist, ob ein derartiger Anspruch auch mit der traditionellen Stellung des Normgebers zu vereinbaren wäre.

c) Ebensowenig ist ein Anspruch auf Beseitigung der erlassenen normwidrigen Norm gegeben, der im Wege einer Beseitigungsklage geltend gemacht werden könnte. Die rechtswidrige Rechtsvorschrift ist ipso iure

---

8 ROSENBERG, Lehrbuch, S. 398 ff.

9 Etwa Art. 6 Abs. 5 GG.

1 Dazu ausführlich SEIWERTH, Verfassungsbeschwerde, passim, vgl. auch DÜRIG, Rdnr. 95 zu Art. 1 GG.

2 Auf eine Begriffsbestimmung muß hier verzichtet werden.

3 Vor allem BÜHLER, Rechte, S. 62 ff., vgl. auch BACHOF, Reflexwirkungen, S. 330 und DÜRIG, GG, Rdnr. 91 ff. zu Art. 1, je m. Nachw.

4 Beispielhaft bei BETTERMANN, AöR 86/177. Zur zivilrechtlichen Parallele des § 823 Abs. 1 BGB kritisch v. CAEMMERER, Wandlungen, S. 55, ähnlich bereits SOMLO, Grundlehren, S. 450 ff.

5 Dagegen schon SOMLO, aaO, S. 444 ff. und neuerdings RUPP, Verwaltungsnorm, S. 191 ff.

6 RUPP, aaO. 7 Für Einzelheiten vgl. RUPP, aaO.

8 System, S. 86.

9 Vgl. dazu auch W. JELLINEK, DRZ 48/272 und RICHTER, AöR 8/57.

unwirksam [1]. Für einen Anspruch auf Beseitigung einer unwirksamen Vorschrift besteht kein Bedürfnis, es genügt vielmehr die Feststellung der Unwirksamkeit. Die unwirksame Vorschrift kann weder den status noch ein subjektives Bürgerrecht verletzen [2]. Eine Rechtsverletzung ist immer nur bei Realakten und fehlerhaften, aber gleichwohl wirksamen Rechtsakten denkbar [3]. Die von selbst eintretende Wirkungslosigkeit der normwidrigen Norm bedeutet daher im Ergebnis die Unmöglichkeit einer effektiven Rechtsverletzung unmittelbar durch Rechtsvorschriften [4]. Eine Statusverletzung [5] ließe sich allenfalls, bei allem Wohlwollen gegenüber der darin liegenden begrifflichen Unklarheit, in der Faktizität des statuswidrigen Gesetzes und der dadurch bedingten Gefahr seiner Anwendung [6] erblicken. Die in Realisierung eines daraus sich ergebenden Beseitigungsanspruchs ergehende Entscheidung müßte konsequent dann auf Verurteilung des Normgebers zur Aufhebung eines unwirksamen Legislativaktes lauten. Sollte das überhaupt möglich sein[7], so bringt es doch nicht viel ein [8] und ist außerdem sehr problematisch, weil der Betroffene nur einen persönlichen Aufhebungsanspruch geltend machen und die Entscheidung folglich nur in Bezug auf ihn ergehen kann. BETTERMANN [9], der apodiktisch mit einem derartigen Beseitigungsanspruch operiert, umgeht diese Schwierigkeiten schlicht dadurch, daß er den Leistungsanspruch kurzerhand zu einer Feststellungsentscheidung über die Normgültigkeit führen läßt. Der prozessuale Widerspruch wird nicht erklärt, ja nicht einmal erkannt. Im Ergebnis beweist daher auch er, daß es einen Beseitigungsanspruch gegenüber fehlerhaften Rechtsvorschriften nicht geben kann.

---

10 Mögen diese Reaktionsansprüche (THOMA), Beseitigungsansprüche (BETTERMANN), Abwendungsansprüche (H. J. WOLFF), öffentlich-rechtliche actio negatoria (MENGER) oder wie immer auch heißen.

1 Vgl. oben S. 28 ff.

2 Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III 4 b zu § 42 für den nichtigen VA.

3 Anders wohl BACHOF, AöR 86/189 f.

4 Darin mag ein Kern der ultra-vires-Lehre stecken. Entwicklungsgeschichtlich scheint ein Zusammenhang zwischen Fehlerfolge und Rechtsschutzmöglichkeit zu bestehen (vgl. JESCH, Bindung, S. 124 ff.).

5 Genauer wohl: eine Statusgefährdung.

6 Der "Chance" im Sinne M. WEBER's, Rechtssoziologie, S. 53 ff. Zu dieser soziologischen Betrachtungsweise vgl. M. WEBER, aaO.

7 Nur FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 126, scheint die "Aufhebung" einer fehlerhaften Norm zu fordern.

4. Weil die Rechtsordnung Leistungs- und Gestaltungsrechte gegen den rechtssetzenden Staat nicht bietet, bleibt dem Rechtsschutz gegen Normen nur das Feststellungsverfahren, ein Verfahren, wie es auch sonst gegenüber einem sich eines Rechts berühmenden Gegner gegeben ist. Diese Erkenntnis beruht nicht auf einem leeren Formalismus. Ein solcher Vorwurf mag im Hinblick auf den Verwaltungsprozeß naheliegen. Dort können nämlich auch nichtige VA angefochten werden [1]. Die offenbaren Gründe dafür, das Risiko der Wahl der von der nicht immer eindeutig feststellbaren Fehlerfolge abhängenden Verfahrensart nicht den Betroffenen anzulasten [2], sind bei Rechtsvorschriften wegen der Einheitlichkeit der Fehlerfolge nicht gegeben. Weil fehlerhafte Rechtsvorschriften nur unwirksam sind, ist für ein Anfechtungsverfahren kein Platz. Jede andere Ansicht würde den Zusammenhang des formellen mit dem materiellen Recht sachwidrig zerreißen [3]. Die entscheidende Frage ist nun, welchen Inhalt die im Feststellungsverfahren ergehende Entscheidung hat: die allgemeinverbindliche Feststellung der Normgültigkeit oder aber die Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer bestimmten Rechtsberühmung zwischen bestimmten Parteien.

a) Daß im Entscheidungsinhalt das maßgebliche Kriterium zwischen Beanstandungs -und Rechtsschutzverfahren liegt [4], ist im Verwaltungsprozeß bereits ersichtlich geworden. Dort herrscht nämlich kein Zweifel mehr darüber, daß in den Ländern, in denen ein verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren fehlt, die Feststellung der Normgültigkeit nicht über das allgemeine Feststellungsverfahren des § 43 Abs. 1 VwGO erreicht werden kann [5]. Es ist nicht einzusehen, warum es

---

8 Beseitigt wird höchstens der Schein, die "Hülse" eines Rechtsakts.

9 AöR 86/176 ff.

1 ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III 4 b zu § 42.

2 ULE, aaO.

3 Im Ergebnis freilich besteht kein Unterschied zu der oben abgelehnten Meinung, daß Leistungsansprüche gegenüber dem Normgeber bestehen, weil auch sie letztlich zu einem Feststellungsverfahren kommt.

4 Soweit natürlich überhaupt Rückschlüsse vom Entscheidungsinhalt auf den Verfahrenscharakter möglich sind, worauf MENGER, System, S. 164, zutreffend hinweist. So etwa sind alle Rechtsmittelentscheidungen auch Gestaltungsentscheidungen, soweit sie aufheben oder abändern, oder sind alle klagabweisenden Entscheidungen Feststellungsentscheidungen, in welchem Verfahren sie auch immer ergehen mögen.

5 Unstr., für alle REDEKER-v.ÖRTZEN, VwGO, Rdnr. 1 zu § 47, m. Nachw., eine Parallele dazu läßt sich in der Rspr. des BVerfG (E 1/237, 3/32, 392) über die Konkurrenz von Wahlprüfung und Verfassungsbeschwerde finden.

sich im Verhältnis von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zu Art. 19 Abs. 4 GG, §§ 90 ff. BVerfGG anders verhalten sollte.

b) Hinzukommt, daß nach einem Grundsatz des deutschen Verfahrensrechts nur konkrete Rechtsverhältnisse der gerichtlichen Feststellung zugänglich sind [1]. Im Bereich der Rechtsschutzverfahren war als einzige Ausnahme davon nur die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde bekannt [2], während die Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Nichtigkeit von VA'en [3] nur scheinbar den erwähnten Grundsatz widerspricht [4]. Der Begriff des Rechtsverhältnisses im Sinne dieses Grundsatzes wird vom Prozeßrecht nicht definiert. Gemeinhin versteht man darunter ein rechtlich bedeutsames und daher vom Recht geregeltes Lebensverhältnis [5]. Rechtverhältnis ist mithin jede rechtliche Beziehung zwischen Rechtssubjekten oder zwischen Rechtssubjekten und Gegenständen, die sich als Rechtsfolge eines vom objektiven Recht normierten Sachverhalts darstellt [6]. In diesem Sinne ist Rechtsverhältnis nicht nur der Inbegriff aller Rechtsbeziehungen, die sich aus einer Sachverhaltsregelung ergeben, sondern auch eine einzelne Folge der als Inbegriff verstandenen Rechtsbeziehung, wie etwa der einzelne Anspruch, ein Gestaltungsrecht oder eine Einrede [7]. Dagegen ist das bloße Element oder die Vorfrage einer solchen Rechtsbeziehung kein Rechtsverhältnis, ebensowenig wie eine nur gedachte Rechtsfrage oder eine Tatsache [8].

c) Es erweist sich deshalb, daß der Grundsatz der ausschließlichen Feststellungsfähigkeit von Rechtsverhältnissen im Rechtsschutzbereich entwickelt worden ist und nur für ihn gelten kann. Auf Beanstandungsverfahren ist er nicht anwendbar, weil hier die Feststellung konkreter Rechtsverhältnisse nicht möglich ist. Es läßt sich daher auch nicht behaupten, daß auch die Feststellung der Normgültigkeit, oder des Norm-

---

1 Vgl. etwa §§ 256 ZPO, 43 Abs. 1 VwGO, dazu ROSENBERG, Lehrbuch, S. 404 ff., m. Nachw., EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 2 ff. zu § 43, ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I 2 a zu § 43.

2 Vgl. § 256 ZPO.

3 Vgl. § 43 Abs. 1 VwGO.

4 Dazu noch unten S. 101.

5 Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg.Teil, S. 427 f.

6 ROSENBERG, aaO, S. 404 f., ZÖLLER, ZPO, Anm. 3 zu § 256.

7 ROSENBERG, aaO.

8 EYERMANN-FRÖHLER, aaO, Anm. 3 zu § 43, ROSENBERG, aaO.

inhalts, oder der Rechtskreiszugehörigkeit einer Norm eine Ausnahme vom Grundsatz der Feststellungsfähigkeit nur der konkreten Rechtsverhältnisse darstellt, weil dieser Grundsatz für Beanstandungsverfahren nicht gilt.

5. Andererseits muß beim Rechtsschutz gegenüber Rechtsvorschriften ein Rechtsverhältnis vorhanden sein, weil es sonst an der Zulässigkeit des Feststellungsverfahrens fehlen würde. Zwei Möglichkeiten sind hier denkbar: Entweder kann ein Rechtsverhältnis in der Berechtigung des normsetzenden Staates gegenüber dem Bürger oder in der aus der Norm entspringenden Berechtigung oder Verpflichtung des Bürgers gegenüber dem Staat liegen; mit andern Worten: die Norm kann auf einem Rechtsverhältnis beruhen oder ein Rechtsverhältnis begründen, beenden oder inhaltlich ändern.

a) BACHOF,[1] der anscheinend bisher als einziger das Problem des Rechtsverhältnisses bei Rechtsschutzverfahren unmittelbar gegen Rechtsvorschriften angeschnitten hat, zieht die erste Möglichkeit überhaupt nicht in Betracht. Macht man aber Ernst mit der Vorstellung von den Grundrechten als einem "Anspruchsystem" [2], so ist sie unausweichlich. Denn wenn dem Bürger ein status der Freiheit von ungesetzlichem Zwang ausgegrenzt ist, dann ist die Berechtigung des Normgebers zum Eingriff in diese Freiheitssphäre nichts anderes als eine Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger, ein Rechtsverhältnis also. Hierfür ist es im einzelnen unerheblich, worin der Eingriff beruht, sodaß auf diese Art Rechtsschutz auch gegenüber Strafvorschriften möglich wird. BACHOF [3], der dies mit der Begründung ausschließt, daß es in solchen Fällen an einem Rechtsverhältnis zwischen dem Bürger und dem Normanwender fehle, entfernt sich vom Ausgangspunkt des Rechtsschutzes gegenüber dem Legislativ- und nicht gegenüber dem Vollzugsakt. Außerdem erhebt sich bei der von ihm [4] bevorzugten Lösung, das feststellungsfähige Rechtsverhältnis darin zu sehen, daß der Bürger aus der in ihrer Gültigkeit angezweifelten Vorschrift berechtigt oder verpflichtet ist, die Frage, ob hier nicht doch die Feststellung des status selbst erfolgt. BACHOF meidet Schwierigkeiten dadurch, daß er ein Rechtsverhältnis bei vollzugsunfähigen Vorschriften ablehnt und auf Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und

1 Vgl. AöR 86/188 ff., JZ 57/436 und 62/707, VVDStRL 18/210.

2 Vgl. DÜRIG, GG, Rdnr. 5 ff. zu Art. 1.

3 AöR 86/189.

4 AöR 86/188.

Verwaltung bei vollzugsfähigen Gesetzen abstellt. Seine Lösung gilt daher nur beschränkt und verlagert zudem den Akzent vom Rechtsschutz gegenüber dem Gesetzgeber auf den gegenüber der Exekutive [1].

b) Ein Rechtsverhältnis zwischen dem Normgeber und dem betroffenen Bürger ist deswegen gegeben und mit ihm die Voraussetzung für eine Feststellungsklage [2]. Die Rechtsberühmung des Staates ist, wie auch sonst im Rechtsschutzbereich, Anlaß und Gegenstand dieses Feststellungsverfahrens. Der Verfahrensgegenstand gibt ein taugliches Kriterium für die Unterscheidung von Beanstandung und Rechtsschutz [3]. Verfahrensgegenstand bei Beanstandungsverfahren ist ein Normzweifel [4], Verfahrensgegenstand der Rechtsschutzverfahren dagegen die konkrete Berechtigung oder Verpflichtung [5]. Rechtsschutzverfahren gegen Rechtsvorschriften können daher nur konkrete Berechtigungen und Verpflichtungen, nicht aber Normzweifel zum Gegenstand haben. Auf verfahrenstechnische Einzelheiten, etwa die positive oder negative Formulierung des Feststellungsantrags oder die Entscheidungsformulierung, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Sicher ist, daß nur ein Rechtsverhältnis Gegenstand eines feststellenden Rechtsschutzverfahrens gegenüber Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften sein kann. Die Frage der Normgültigkeit ist dafür von nur inzidentieller Bedeutung.

6. Die in Rechtsschutzverfahren gegenüber Rechtsvorschriften ergehende Feststellungsentscheidung kann daher immer nur die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses [6] und nicht die allgemeinverbindliche Klärung eines Normzweifels zum Gegenstand haben, weil nur ein Rechtsverhältnis und nicht auch ein Normzweifel Verfahrensgegenstand ist.

Diesem Ergebnis widerspricht allerdings bei Verfassungsbeschwerden gegen Normen § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG. Diese Vorschrift verpflichtet das BVerfG für den Fall, daß es der Verfassungsbeschwerde stattgibt, in seiner Entscheidung die angegriffene Vorschrift für "nichtig" zu "erklären" [7]. Sie ist mit dem Grundsatz, daß nur konkrete Rechtsverhält-

---

1 Vgl. dazu auch BVerwGE 7/36 und BACHOF, JZ 62/707.

2 Im Prinzip zutreffend daher Ba-WüVGH, ESVGH 11/32, der freilich auf halbem Wege stehengeblieben ist und den Antrag nach § 47 VwGO als unzulässig abgewiesen, statt auf einen Verweisungsantrag des Antragstellers hingewirkt hat.

3 So vor allem MENGER, System, S. 158 ff. für die Anfechtungsklagen.

4 Oder bei der Beanstandung anderer Rechtsakte (etwa der Feststellung eines Wahlergebnisses) ein diesen Akt betreffender Zweifel.

nisse feststellungsfähig sind, nur dann zu vereinbaren, wenn die Nichtigkeitsfeststellung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG als Umschreibung für eine Rechtsverhältnisfeststellung aufrechterhalten werden kann.

a) Im Gegensatz zu den Verwaltungsgerichten, die sich der Feststellung der Rechtmäßigkeit [1] oder der Nichtigkeit [2] von VA'en gegenüber überwiegend ablehnend verhalten haben [3], haben die Zivilgerichte seit langem Klagen auf Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Rechtsakten zugelassen, durch die Rechtsverhältnisse begründet, beendet oder inhaltlich verändert werden. Solche Begründungs-, Beendigungs- oder Abänderungsakte, wie etwa ein Vertrag [4], ein Vereinsausschluß [5] oder ein Testament [6] sind offensichtlich selbst keine Rechtsverhältnisse [6a], und die Feststellung ihrer Wirksamkeit oder Unwirksamkeit müßte deshalb mit § 256 ZPO nicht vereinbar sein. Gleichwohl ist das bei genauem Zusehen nicht der Fall. Wer nämlich beantragt, ein bestimmtes Rechtsgeschäft als wirksam oder nicht wirksam getätigt festzustellen, will nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt haben, das durch den in seiner Wirksamkeit streitigen Rechtsakt begründet, aufgehoben oder abgeändert worden ist.[7] Der Sache nach geht es auch hier nur um die Feststellung des Rechtsverhältnisses selbst. Was die Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit solcher Rechtsakte von der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses unterscheidet, ist lediglich die äußere Form. Im ersten Fall ist die Entscheidung in die Form der Feststellung eines zweifelhaften und zwischen den Parteien streitigen Umstands gekleidet [8] und mithin implizit und als Kurzform für die im andern Fall explizit auf Rechtsverhältnisfeststellung lautende Ent-

---

5 Vgl. oben S. 13 und S. 18.

6 Vgl. oben S. 12 f.

7 Das BVerfGG hätte hier besser von "nichtig feststellen" gesprochen, weil "erklären" ein Moment der Rechtsgestaltung anklingen läßt.

1 Mit einer Gültigkeitsfeststellung wäre hier nichts erreicht, weil gültige VA auch rechtswidrig sein können.

2 Vgl. jetzt § 43 Abs. 1 VwGO.

3 Vgl. die Nachw. bei EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 8 zu § 43, dagegen schon immer BACHOF, etwa in JZ 57/346 und AöR 86/189.

4 Vgl. REG 124/84, 147/374.

5 Vgl. RGZ 122/269 und in JW 29/847.

6 Vgl. OLG Hamburg, ZZP 59/307.

6a ROSENBERG, Lehrbuch, S. 405, setzt diese Akte unkritisch den Rechtsverhältnissen gleich; vgl. auch BACHOF, JZ 57/346.

7 So deutlich RGZ in JW 29/847.

8 WEISMANN, Lehrbuch, S. 59.

scheidung verwendet. Die Abweisung eines entsprechend implizit gefaßten Antrags als unstatthafte Tatsachenfeststellung oder als unzulässige Klärung einer präjudiziellen Rechtsfrage würde am Wortlaut des Antrags hängen bleiben und das eigentliche Anliegen des Klägers verfehlen [1]. Dies umso mehr, als die ideelle Wirkung [2] der Feststellungsentscheidung dieselbe ist, ob sie nun das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ausdrücklich feststellt, oder sich aus der Entscheidung mittelbar ergibt, daß zufolge der festgestellten Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Rechtsakts das fragliche Rechtsverhältnis begründet, abgeändert oder erloschen ist. Auch für klagabweisende Urteile ergeben sich keine Schwierigkeiten. Mag die explizite Antragsfassung auch korrekter sein, so ist die implizite jedenfalls unschädlich. Der Richter kann auf ihre Änderung hinwirken oder sie selbst bewirken, ohne deswegen § 308 Abs. 1 ZPO zu verletzen. Der Richter kann aber auch seine Entscheidung im Wortlaut eines derart implizit gefaßten Antrags fällen, ohne daß sie deshalb fehlerhaft wird [3].

b) Dieses am Modell der zivilprozessualen Feststellungsklage gewonnene Ergebnis muß im Bereich der Feststellungsverfahren überhaupt anwendbar sein, wo immer die Feststellung der Wirksamkeit [4] oder Unwirksamkeit von Rechtsakten kürzelhaft für die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses verwendet werden kann. Im verwaltungsgerichtlichen Feststellungsverfahren nach § 43 VwGO muß deswegen die Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von VA'en oder Rechtsvorschriften festgestellt werden können, wenn dadurch - sei es auch nur mittelbar, aber doch eindeutig - die Rechtsverhältnisfeststellung erfolgt. VA und Rechtsvorschrift unterscheiden sich indes in dieser Hinsicht in nichts von den oben erwähnten privatrechtlichen Rechtsakten [5]. Gewiß begründet nicht jeder VA ein Rechtsverhältnis

---

1 Vgl. REICHEL, ZZP 59/94.

2 Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 30 zu § 43, ROSENBERG, Lehrbuch, S. 408.

3 REICHEL, aaO.

4 § 43 Abs. 1 VwGO hat zwar im Gegensatz zum früheren Verwaltungsprozeßrecht der Länder die Feststellung der Nichtigkeit von VA'en ausdrücklich zugelassen. Es erhebt sich indes sofort die Frage, warum nicht auch die Rechtmäßigkeitsfeststellung (vgl. oben S. 99 Anm. 1) als die "Kehrseite" der Nichtigkeitsfeststellung zulässig sein soll, wie dies EYERMANN-FRÖHLER, aaO, Rdnr. 8 zu § 43 als selbstverständlich annehmen. Dezidiert a. A. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I 2 c zu § 43 VwGO.

5 Vgl. oben S. 99.

oder wirkt auf ein Rechtsverhältnis ein [1]. Das ist nur bei gestaltenden VA'en der Fall. Dagegen beruht jeder VA auf einem Rechtsverhältnis, insofern er auf eine "durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte normierte Beziehung" [2] zwischen der Verwaltung und dem Betroffenen beruht. Dieses Rechtsverhältnis kann durch den auf ihm gründenden VA implizit dargestellt werden [3]. Nicht anders verhält es sich mit Rechtsvorschriften. Auch sie begründen nicht notwendig ein Rechtsverhältnis oder wirken auf ein solches ein [4]. Aber auch sie gehen auf ein durch das dem Normgeber vorgeordnete Recht [5] geregeltes Rechtsverhältnis zurück, demzufolge der Normgeber gegenüber dem Bürger berechtigt - und in Ausnahmefällen [6] verpflichtet - ist. Dieses Rechtsverhältnis kann ebenfalls durch die Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des entsprechenden Legislativaktes ausgedrückt werden. Mögen die Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und dem Bürger von denen der Bürger untereinander inhaltlich verschieden sein, so handelt es sich doch strukturell um die gleiche Art von Rechtsbeziehung. Sie sind daher verfahrensrechtlich in gleicher Weise gerichtlich feststellbar [7].

c) Es kann deswegen nach § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG die Nichtigkeit einer Rechtsvorschrift festgestellt werden, ohne daß diese Feststellungsentscheidung eine allgemeinverbindliche Normentscheidung darstellt. Im Ergebnis ist daher DÜRIG [8] trotz des Widerspruchs von BETTERMANN [9] darin beizupflichten, daß die Wirkung einer Rechtsschutzentscheidung gegenüber Normen auf den Beschwerdeführer beschränkt ist. Damit ist die h. M., die einen Rechtsweg gegen Rechtsvorschriften nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ablehnt [10], widerlegt insoweit, als ihre Ansicht auf der Annahme beruht, daß es einen solchen Rechtsweg nur in der Form besonderer Normenkontrollverfahren, etwa dem Verfahren nach § 47

---

1 Zutreffend daher ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I 2 c zu § 43 VwGO. Von gerichtlichen Entscheidungen wird ja auch nicht angenommen, daß sie stets Rechtsverhältnisse begründen oder ändern, obwohl sie sich als Rechtsanwendungsakte von den VA'en nicht unterscheiden.

2 MENGER, System, S. 235, vgl. auch oben S. 96.

3 Im Ergebnis daher zutreffend EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 8 zu §43. Die ausdrückliche Zulassung der Nichtigkeitsfeststellung in § 43 Abs. 1 VwGO ist daher bedeutungslos.

4 So auch BACHOF, AöR 86/189.

5 Vgl. oben S. 97.

6 Vgl. S. 92 a. E.

7 Auf weitere Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden.

8 GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 IV.

9 AöR 86/156, 160.

10 Vgl. oben S. 86 f.

VwGO [1], geben kann. Vielmehr stellen alle feststellenden Rechtsschutzverfahren [2] taugliche Rechtswege im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG dar [3]. Wegen des Verfassungserfordernisses der Trennung von Rechtsbeanstandung und Rechtsschutz ist es daher von verfassungswegen ausgeschlossen, daß in Rechtsschutzverfahren allgemeinverbindliche - und seien es auch nur negative [4] - Normentscheidungen ergehen. § 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG [5], der das ausdrücklich zuläßt, ist daher verfassungswidrig.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten:

Der Rechtsschutz bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften erfordert keine allgemeinverbindliche Entscheidung über die Normgültigkeit. Zwar kann auch in Rechtsschutzverfahren gegen Normen die Normgültigkeit oder Normunwirksamkeit festgestellt werden, doch ist die Wirkung dieser Feststellung auf den das Verfahren betreibenden Bürger beschränkt und daher von der einer allgemeinverbindlichen Normentscheidung verschieden. Dem Rechtsschutzerfordernis wird auch ohne allgemeinverbindliche Normentscheidung genügt, sodaß es unerheblich ist, daß die Rechtsschutzentscheidung den Normzweifel nicht ausdrücklich und formell beseitigt [6]. Der Forderung des Verfassungsrechts nach einer eindeutigen Unterscheidung von Beanstandung und Rechtsschutz kann daher entsprochen werden. Ohne daß es in diesem Zusammenhang auf alle Einzelheiten einer Lehre von beiden Verfahrensarten ankommt, ist jedenfalls soviel sicher, daß nach Verfassungsrecht die allgemeinverbindliche Normentscheidung den Beanstandungsverfahren vorbehalten ist. Dem Gesetzgeber sit es daher benommen, Verfahrensregelungen zu treffen, nach denen allgemeinverbindliche Normentscheidungen auch in Rechtsschutzverfahren ergehen können oder die abschließende Regelung der Beanstandungsverfahren im Verfassungsrecht sonstwie zu umgehen.

---

1 Vgl. aber FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 514, anders wohl BVerfGE 11/232 und Ba-WüVGH, ESVGH 11/34.

2 Und zwar unerheblich nach welchem Verfahrensgesetz.

3 Unerheblich ist ebenfalls, welche erstinstanzliche Zuständigkeit dafür gegeben ist. Naheliegend ist eine solche "im Rahmen der jeweiligen Gerichtsbarkeit" (vgl. § 47 Satz 1 VwGO).

4 Wie nach § 95 Abs. 3 BVerfGG, § 47 Satz 4 VwGO.

5 Vgl. oben S. 84, 89.

6 Vgl. oben S. 90 f.

§ 18.

DIE SACHLICHEN VORAUSSETZUNGEN DER ANTRAGSBERECHTIGUNG.

Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bestimmt neben den persönlichen auch die sachlichen Voraussetzungen der Antragsberechtigung [1]. Der Antrag auf ursprüngliche Prinzipalkontrolle ist zulässig bei "Meinungsverschiedenheiten und Zweifeln" über die Vereinbarkeit der dort angeführten Gegenstandsnormen mit höherem Recht. Die Formulierung der Vorschrift erfolgte in bewußter Anlehnung an den Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 WRV und ist nach herrschender und richtiger Meinung [2] wie diese Vorschrift auszulegen [3].

Die Voraussetzungen der Antragsbefugnis in sachlicher Hinsicht sind gering. "Meinungsverschiedenheiten" bestehen schon dann, wenn von mehreren über dieselbe Frage abweichende Ansichten vertreten werden, während ein "Zweifel" dann vorliegt, wenn auch nur irgendwo die Normgültigkeit in Frage gestellt wird [4]. Nach wiederum herrschender und zutreffender Meinung [5] ist es nicht erforderlich, daß gerade einer der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG genannten Antragsteller den Normzweifel hegt oder an der Meinungsverschiedenheit über die Normgültigkeit beteiligt ist; vielmehr genügt es wenn irgendwo solche Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel aufgetreten sind [6]. Das entspricht durchaus dem Sinn der Prinzipalkontrolle, die Sicherheit und Eindeutigkeit des objektiven Rechts zu gewährleisten.

1. Die Antragsbefugnis kann sachlich insbesondere von keinem Rechtsschutzbedürfnis abhängig gemacht werden, das als besondere Zulässig-

---

1 Und nicht, wie BETTERMANN, Grundrechte, III/789 und HOLTKOTTEN, GG, Anm. II B 2 c zu Art. 93, meinen, der Aktivlegitimation. Diese ist als die Frage nach der Zuständigkeit des geltend gemachten Rechts eine Frage des materiellen Rechts und damit der Begründetheit des Verfahrensbegehrens (vgl. ROSENBERG, Lehrbuch, S. 192 f.), während die Antragsbefugnis als formellrechtlicher Umstand die Verfahrenszulässigkeit betrifft. Da im Normenkontrollverfahren eigene Rechte nicht geltend gemacht werden, ist hier für die Figur der Aktivlegitimation überhaupt kein Platz.

2 Vgl. HOLTKOTTEN, aaO.

3 Zu Art. 13 Abs. 2 WRV für alle ANSCHÜTZ, Verfassung, Anm. 4 ff. zu Art. 13.

4 Vgl. HOLTKOTTEN, aaO.

5 HOLTKOTTEN, aaO, m. Nachw., ferner GEIGER, BVerfGG, Anm. 8 zu § 76, LECHNER, BVerfGG, Anm. 6 b zu § 13 Ziff. 6.

keitsvoraussetzung zu den ausdrücklich genannten Erfordernissen hinzukommen müßte [1]. Das scheint für die verfassungsgerichtliche Prinzipalkontrolle ausgetragen zu sein [2], wogegen für die verwaltungsgerichtliche Prinzipalkontrolle unter dem Einfluß von Rechtsschutzvorstellungen weitgehend ein Rechtsschutzbedürfnis postuliert wird [3]. Richtig dürfte folgendes sein:

a) Geht man mit dem BVerfG [4] zutreffend davon aus, daß der Gedanke des Rechtsschutzbedürfnisses begrifflich ein Rechtsschutzverfahren voraussetzt, ein Verfahren also, in dem über konkrete Berechtigungen der am Verfahren Beteiligten entschieden wird [5], dann ist ein Rechtsschutzinteresse bei Beanstandungsverfahren nicht denkbar. Dem steht nicht entgegen, daß es auch bei Beanstandungsverfahren prozessuale "Ansprüche" gibt [6], weil über diese jedenfalls nicht mit einer Sachentscheidung befunden wird. Sieht man dagegen das bei Rechtsschutzverfahren an der Verfolgung eigener Rechte geforderte Interesse nur als einen Unterfall eines - ebenfalls ungeschriebenen - prozeßrechtlichen Satzes an, daß kein Gericht mutwillig und ohne triftigen Grund vom wem auch immer in Anspruch genommen werden dürfe [7], so könnte ein derartiges Beanspruchungsinteresse folgerichtig auch bei Beanstandungsverfahren gefordert werden [8].

b) Aber auch wenn dem Prozeßrecht die allgemeine und ungeschriebene Sachurteilsvoraussetzung eines besonderen Beanspruchungsinteresses zugrundeliegt [9], so ist doch bei Beanstandungsverfahren über Normzwei-

---

1 Über die Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses vgl. POHLE, Rechtsschutzbedürfnis, S. 204 ff., m. Nachw.

2 GEIGER, BVerfGG, Anm. 8 zu § 76, HOLTKOTTEN, GG, Anm. II B 2 c zu Art. 93, LECHNER, BVerfGG, Anm. 4 zu § 76, BVerfGE 1/407 f.

3 Zu § 25 VGGvgl. etwa BERGMANN, VerwArch. 51/51 und NJW 59/1309, EYERMANN-FRÖHLER, VGG, Anm. II 2 a zu § 25 Abs. 1, MENGER, System, S. 92, SCHOEN, Normenkontrolle, S. 412 und DÖV 51/399, HessVGH, VRspr 4/516 und DVBl. 57/111, BayVGHE (n. F.) 12/64, WüBaVGH, ESVGH 1/83, zu § 47 VwGO vgl. EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 26 zu § 47, REDEKER-v.ÖRTZEN, VwGO, Rdnr. 11 zu § 47, SCHUNCK-DE CLERCK, VwGO, Anm. 2 f zu § 47, ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. II 2 zu § 47 VwGO.

4 BVerfGE 1/407.

5 Zu widersprechen ist dem BVerfG freilich darin, daß bei objektiven Verfahren das Rechtsschutzinteresse stets ausgeschlossen ist (aaO). Das Gericht verwechselt objektives Verfahren mit Beanstandungsverfahren (vgl. oben S. 17 f.). In seiner Rspr. zur Verfassungsbeschwerde widerlegt sich das BVerfG selbst (dazu MENGER, VerwArch 52/308 m. Nachw. über Rechtsschutzbedürfnis bei Verfassungsbeschwerden).

6 Vgl. BVerfGE 1/407.

7 Vgl. POHLE, aaO, S. 204.

fel ein solches Interesse in der Regel bereits mit dem Normzweifel selbst gegeben. Mehr als sonstwo wäre es hier unerträglich, offenbare Mängel der erhobenen Sachrüge zu Sachurteilsvoraussetzungen zu stempeln. Weil die Prinzipalkontrolle der Sicherheit und Gesichertheit des objektiven Rechts dient, darum muß sie zulässig sein, wenn immer Bedenken über die Normgültigkeit auftreten [1]. Vor Auswüchsen im Gebrauch der Prinzipalkontrolle schützt die Beschränkung der Antragsberechtigung auf nur wenige besonders qualifizierte Antragsteller [2].

2. Nach der in Ausführung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ergangenen Vorschrift des § 76 BVerfGG sind Normenkontrollanträge nur zulässig, wenn

1. Recht wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem GG oder dem sonstigem Bundesrecht von einem der Antragsberechtigten für nichtig gehalten wird oder
2. ein Antragsberechtigter eine Vorschrift für gültig hält, nachdem ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes sie als unvereinbar mit dem GG oder dem sonstigen Bundesrecht nicht angewendet hat.

Das BVerfGG unterscheidet demnach bei der Verfahrenszulässigkeit zwischen positivem und negativem Feststellungsantrag. Für diesen ist es nach § 76 Ziff. 1 BVerfGG unerheblich, ob Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel zur Antragstellung führen, wenn nur der Antragsteller selbst daran beteiligt ist. Dagegen kann es sich bei jenem gem. § 76 Ziff. 2 BVerfGG nur um Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Antragsteller und derjenigen Stelle handeln, die die Vorschrift nicht angewendet hat [3]. § 76 BVerfGG verengt deshalb die Antragsbefugnis gegenüber Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und ist mithin verfassungswidrig.

---

8 Vgl. etwa BVerfGE 2/158.

9 Kritisch dazu POHLE, Rechtsschutzbedürfnis, S. 195 ff.

1 Vgl. etwa LECHNER, BVerfGG, Anm. 6 zu § 13 Ziff. 6. - Die allgemeine Bedeutung der Rechtsvorschriften für das Rechtsleben führt deshalb zur Beachtlichkeit eines jeden Normzweifels. Umgekehrt ist eine Verfassungsbeschwerde nicht schon deswegen von allgemeiner Bedeutung (vgl. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG), weil sie sich gegen eine Norm richtet. So zutreffend BETTERMANN, AöR 86/149 f.

2 Fehl geht übrigens die zu § 47 VwGO vertretene Meinung (vgl. EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 26 zu § 47), daß der normsetzenden Behörde ein "Rechtsschutzbedürfnis" fehle, weil sie die fragliche Norm abändern könne. Es kann indes nicht ernsthaft von der Behörde verlangt werden, eine Vorschrift, die sie für rechtmäßig hält, abzuändern. Wegen des Risikos des Normvollzugs kann es deshalb an der Antragsberechtigung auch der normsetzenden Behörde keinen Zweifel geben.

3 LECHNER, aaO, Anm. 4 zu § 76.

a) Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG wird bereits dadurch eingeschränkt, daß § 76 BVerfGG die unmittelbare Beteiligung der Antragsteller an der sachlichen Differenz über die Normgültigkeit fordert, weil das GG von einem solchen Bezug absieht [1]. Noch augenfälliger ist die Einschränkung der grundgesetzlichen Regelung in § 76 Ziff. 2, der die Gültigkeitsfeststellung von der vorherigen Nichtanwendung der fraglichen Vorschrift abhängig macht. Die Stellungnahme des BVerfG zu dieser grundgesetzwidrigen Einschränkung ist nicht ohne Widerspruch. Teilweise hat es mit Selbstverständlichkeit die Vereinbarkeit von § 76 BVerfGG mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG angenommen[2], teilweise hat es erhebliche Zweifel an der Grundgesetzmäßigkeit von § 76 BVerfGG angemeldet, sich dann aber mit der bedenklichen Begründung über sie hinweggesetzt, daß im konkreten Fall stets die Zuständigkeit des Gerichts aus einem der in § 76 BVerfGG aufgeführten Gründe gegeben war [3].

b) Die Einschränkung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG durch § 76 BVerfGG wird nicht, wie manchmal angenommen wird [4], von Art. 94 Abs. 2 GG gedeckt. Art. 94 Abs. 2 GG bestimmt, daß durch einfaches Bundesgesetz Verfassung und Verfahren des BVerfG geregelt werden können. Dabei ist freilich vorausgesetzt, daß das GG nicht selbst schon über Verfassung und Verfahren des BVerfG befunden hat, weil sonst Art. 94 Abs. 2 GG nichts anderes darstellen würde als die im Verhältnis zu Art. 79 Abs. 1 und 2 GG vereinfachte Ermächtigung zur Verfassungsänderung. Ebenso wie es deshalb dem einfachen Gesetzgeber verwehrt ist, etwa den Kreis der nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG Antragsberechtigten zu erweitern [5], obwohl die Bestimmung der Antragsberechtigten zum "Verfahren" gehört, ist es ihm deshalb auch nicht erlaubt, die Antragsbefugnis gegenüber einer bereits im GG enthaltenen Regelung einzuengen. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ist das Verfahren der ursprünglichen Prinzipalkontrolle zulässig bei "Meinungsverschiedenheiten und Zweifeln". Nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung ist damit abschließend über die sachlichen Voraussetzungen der Antragsbefugnis entschieden [6].

---

1 Vgl. oben S. 103.

2 Vgl. etwa BVerfGE 2/158, 12/221 f.

3 Vgl. BVerfGE 1/196, 6/109 f. Im Ergebnis läuft diese Rspr. darauf hinaus, daß das BVerfG eine Vorschrift anwendet, die nach seiner Ansicht möglicherweise verfassungswidrig ist.

4 GEIGER, BVerfGG, Anm. 8 zu § 76, LECHNER, BVerfGG, Anm. 4 b zu § 76 und wohl auch KRATZER, DÖV 54/48.

5 Vgl. oben S. 83 ff.

6 Wie hier BACHOF, AöR 86/24 Anm. 53 (wenn auch mit der mißverständlichen Begründung, daß die Beschränkung des Antragsrechts keine

c) Die Verfassungsentscheidung kann durch rechtspolitische Erwägungen nicht überspielt werden. Der Schutz vor übermäßigem Gebrauch der ursprünglichen Prinzipalkontrolle, um dessentwillen die Antragsbefugnis auf Betreiben der Regierungsvertreter im Gesetzgebungsverfahren in § 76 BVerfGG eingeschränkt wurde [1], rechtfertigt nicht die Korrektur des GG durch den einfachen Gesetzgeber. Ist ein Schutzbedürfnis in dieser Richtung angesichts der Zurückhaltung in der Anwendung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ohnehin recht fraglich, so besteht zu der Einschränkung der Antragsbefugnis umso weniger Anlaß, als das GG möglichem Mißbrauch wirksam durch die enge Begrenzung des Kreises der Antragsberechtigten vorgebeugt hat. Davon abgesehen ist insbesondere die Regelung des § 76 Ziff. 2 BVerfGG auch nicht zweckmäßig, weil ein Bedürfnis nach positiver Feststellung auch schon vor der Nichtanwendung der fraglichen Vorschrift durch die genannten Stellen bestehen kann [2]. Und endlich ist es auch nicht richtig, daß die Verengung der Antragsbefugnis, wie man zu ihrer Rettung vorgebracht hat [3], im Hinblick auf Art. 100 Abs. 1 GG bedeutungslos sei. Hierbei wird verkannt, daß Art. 100 Abs. 1 GG nur für formelle nachkonstitutionelle Gesetze gilt [4], daß er die Antragsteller des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nicht betrifft und daß er bei bloßen Meinungsverschiedenheiten und Zweifeln noch nicht Anwendung findet, das vorlegende Gericht vielmehr von der Grundgesetz- oder Bundesrechtswidrigkeit überzeugt sein muß. § 76 BVerfGG ist daher grundgesetzwidrig, soweit er die sachlichen Voraussetzungen der Antragsbefugnis gegenüber Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG einschränkt.

"Verfahrensregelung" darstelle) und HOLTKOTTEN, GG, Anm. II B 2 c zu Art. 93, vgl. auch SCHÄFER, JZ 51/201.

1 Vgl. HOLTKOTTEN, aaO, m. Nachw. Auch hier scheint die irrige Vorstellung eines "Rechtsschutzbedürfnisses" nachhaltig gewirkt zu haben.

2 Das zeigt deutlich BVerfGE 12/222, wonach "nicht angewendet" gleichbedeutend mit "nicht beachtet" sein soll. Statt auf diesen mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 76 Ziff. 2 BVerfGG nicht mehr zu vereinbarenden Ausweg zu verfallen, hätte das BVerfG besser getan, die ganze Vorschrift über Bord zu werfen.

3 GEIGER, BVerfGG, Anm. 8 zu § 76, SCHÄFER, JZ 51/201.

4 Vgl. oben S. 67 ff.

§ 19.

DIE BESCHRÄNKUNG DER BUNDESGESETZGEBUNG AUF DEN BUNDESBEREICH DER URSPRÜNGLICHEN PRINZIPALKONTROLLE.

Im Gegensatz zur nachträglichen Prinzipalkontrolle [1] hat das GG bei der Behandlung der ursprünglichen Prinzipalkontrolle nicht in die Verfassungsautonomie der Länder eingegriffen. In Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 trifft das GG eine Bestimmung nur über die Nachprüfung der Vereinbarkeit von Bundes- und Landesrecht mit dem GG und von Landesrecht mit dem sonstigen Bundesrecht [2]. Darüberhinaus enthält das GG keine Ermächtigung an den Bundesgesetzgeber, im Landesbereich der ursprünglichen Prinzipalkontrolle tätig zu werden. Gleichwohl hat das Bundesrecht in § 47 VwGO ein Verfahren geordnet, das ausschließlich den Landesbereich der Normenkontrolle, also die Überprüfung von Landesrecht an Landesrecht betrifft. Denn als Gegenstandsnormen wie als Maßstabsnormen [3] kommen für § 47 VwGO nur landesrechtliche Vorschriften in Betracht. Der in § 47 VwGO enthaltene Eingriff der Bundesgesetzgebung in die Länderautonomie findet im Verfassungsrecht des Bundes keine ausdrückliche Deckung. Wiewohl die Verfassungsmäßigkeit von § 47 VwGO, soweit ersichtlich, nirgends in Zweifel gezogen wird, wird die Untersuchung dieser Frage nach den Ergebnissen dieser Arbeit unausweichlich. § 47 VwGO steht mit der bundesstaatlichen Verteilung der Gesetzgebungsbefugnis nur dann in Einklang, wenn sich im Bundesverfassungsrecht eine Ermächtigung für den Bundesgesetzgeber nachweisen läßt, im Umfang der in § 47 VwGO getroffenen Regelung in den Landesbereich einzugreifen. Eine solche Ermächtigung gibt es nicht.

1. § 47 VwGO gibt unter dem Gesichtspunkt der Grundgesetzmäßigkeit der h. M. keine Probleme auf. Nach gängiger Ansicht enthält die Vorschrift eine Ermächtigung an den Landesgesetzgeber, ein ursprüngliches Prinzipalkontrollverfahren für die Landesrechtmäßigkeit von untergesetzlichem Landesrecht [4] bei den OVG'en einzuführen [5]. Die Ermächtigung soll sich dabei nur auf das Ob, nicht aber auf das Wie der Normenkontrolle beziehen, denn hinsichtlich des Verfahrens soll gerade die bundeseinheitliche Vorschrift des § 47 VwGO gelten [6].

---

1 Vgl. oben S. 71. 2 Vgl. oben S. 37 ff. 3 Vgl. oben S. 76 ff.

4 Nach einer verbreiteten Meinung freilich auch für die Bundesrechtmäßigkeit von Landesrecht, vgl. dazu die Nachw. oben S. 78 Anm. 2.

5 Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 1 zu § 47, KLINGER, VwGO, Anm. B 2 zu § 47, REDEKER-v.ÖRTZEN, VwGO, Rdnr. 1 zu § 47, SCHUNCK-DE CLERCK, VwGO, Anm. 1 zu § 47, ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I zu § 47 VwGO, ferner auch BETTERMANN, AöR 86/164.

a) Unklar ist die h. M. zunächst darin, ob es sich in § 47 VwGO um eine echte Ermächtigung, d. h. um die Verleihung einer vorher nicht gegebenen Befugnis handelt. Denn die VwGO ist ein Akt der konkurrierenden Gesetzgebung [1], die nach Art. 72 Abs. 1 GG dadurch ausgezeichnet ist, daß den Ländern in diesem Bereich die Gesetzgebungsbefugnis solange und soweit zusteht, als der Bund von seiner zugleich gegebenen Befugnis keinen Gebrauch macht. Es erscheint deshalb zutreffender, in § 47 VwGO nur eine Klarstellung dafür zu sehen, ob und inwieweit der Bund hier von seiner konkurrierenden Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat [2].

b) Von dieser hier nicht weiter interessierenden Feinheit abgesehen bedarf die h. M. vor allem in einem anderen Punkte der Klärung. Es wird nämlich aus ihr nicht ohne weiteres ersichtlich, ob die Einführung dieser Normenkontrolle überhaupt oder nur die Übertragung einer derartigen Entscheidungsbefugnis an das OVG der bundesgesetzlichen Zulassung bedarf. FORSTHOFF [3] und ULE [4] scheinen die zweite Möglichkeit zu meinen. FORSTHOFF beruft sich dabei ausdrücklich auf die Verfassungsautonomie der Länder, die es ihnen erlaube, die Nachprüfung von Landesrecht den Verfassungsgerichten zu übertragen [5]. Das ist unzutreffend, soweit es auf der Annahme beruht, daß die verwaltungerichtliche Normenkontrolle materielle Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt und deshalb von den Ländern beliebig geregelt werden kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein [6]. Die andere, mit den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung übereinstimmende Erklärungsmöglichkeit, daß die Regelung der Normenkontrolle im Landesbereich deshalb zur Zuständigkeit der Länder gehört, weil es hier um eine Verfassungsaufgabe geht, zieht FORSTHOFF nicht in Betracht.

2. Die VwGO ist ein Gesetz aus der konkurrierenden Kompetenz des Bundes. Seine Zuständigkeit dafür wird begründet durch den in Art. 74 Nr. 1 GG aufgezählten Gesetzgebungsgegenstand des gerichtlichen Verfahrens. Daß diese Zuständigkeit die Verfassungsautonomie der Länder nicht schmälern

---

1 EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr.17 f. Einl., ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Einl. II zur VwGO, m. Nachw.

2 Vgl. dazu RUDOLF, AöR 88/162 ff. Wesentlich vorsichtiger daher die amtl. Begr. zum RegEntw. der VwGO, BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33.

3 Verwaltungsrecht, S. 512 f. 4 AaO, Anm. I zu § 47 VwGO.

5 Im Ergebnis wie er auch GOES, BaWüVBl. 58/182 Anm. 3.

6 Vgl. unten 2 b).

kann, ist oben [1] aufgezeigt worden. § 47 VwGO ist schon deshalb grundgesetzwidrig, weil der Bund aufgrund der Art. 74 Nr. 1, 72 GG nicht die Verfassungsstruktur der Länder gestalten kann. Es kann sich deshalb hier nur noch um den Nachweis handeln, daß die h. M. in sich nicht für die Begründung einer Gesetzgebungsbefugnis des Bundes im Landesbereich der ursprünglichen Prinzipalkontrolle taugt, falls man den hinsichtlich des Charakters der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vertretenen Ansichten folgt, daß diese materielle Gesetzgebung [2] oder materielle Verfassungsgerichtsbarkeit [3] darstellt. Denn die konkurrierende Bundeskompetenz erfordert nicht nur das Vorliegen einer der in Art. 74 GG aufgezählten Gesetzgebungsmaterien, sondern zusätzlich auch ein Gesetzgebungsbedürfnis aus einem der in Art. 72 Abs. 2 GG aufgezählten Gründe. Ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung der Gesetzgebung oder Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder ist nicht erfindlich [4]. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist aber weder Gesetzgebung noch Verfassungsgerichtsbarkeit.

a) Die Lehre vom Gesetzgebungscharakter der Normenkontrolle überhaupt geht fehl [5]. In ihrer Begründung lassen sich zwei Varianten unterscheiden, von denen die eine mit der maßgeblichen Feststellung des Norminhalts operiert, die durch die Normenkontrolle erfolgen soll [6], während die andere in der durch die Normenkontrolle angeblich erfolgenden Vernichtung der normwidrigen Vorschrift einen Akt materieller Gesetzgebung sieht [7]. Die Prinzipalkontrolle ist aber weder Prinzipalinterpretation oder authentische Interpretation [8] noch Rechtsgestaltung. Für sie ist die Gesetzesauslegung nur Inzidentfrage. Entschieden wird über die Normgeltung, nicht den Norminhalt [9]. Durch sie wird die normwidrige Norm auch nicht vernichtet. Die vom Augenblick ihrer Normwidrigkeit an unwirksame Vorschrift bedarf nicht der Vernichtung und ist ihrer auch

---

1 Vgl. oben S. 35, 38.

2 BERGMANN, VerwArch. 51/39 f., EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, Rdnr. 2 zu § 47, FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 512, KRATZER, DÖV 54/44, MASSON, BayVBl. 57/234, BGHZ, VRspr. 9/96, BayVGH, BayVBl. 56/283, u. a.

3 Amtl. Begr. des RegEntw. zur VwGO, BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33, GOES, BaWüVBl. 58/182, HAMANN, RiA 55/101, KOEHLER, VwGO, Anm. II zu § 47, KALKBRENNER, DVBl. 62/399, ULE, AöR 82/127 f.

4 Mit dem Streit um die Justiziabilität des Art. 72 (vgl. MAUNZ, GG, Rdnr. 14 ff. zu Art. 72) hat diese materiellrechtliche Frage nichts zu tun.

5 Vgl. MÜLLER, DVBl. 62/161, m. Nachw.

6 MÜLLER, aaO.

7 MÜLLER, aaO.

nicht fähig [1]. Ihre Unwirksamkeit kann, von wem und in welchem Verfahren auch immer, nur deklariert werden. Ihrer feststellenden Natur [2] nach ist die prinzipale Normentscheidung mit dem gestaltenden Charakter der Gesetzgebung nicht zu vereinbaren [3]. Die Qualität der Normentscheidung als deklaratorische Entscheidung bleibt auch dann erhalten, wenn sie sachlich unrichtig ist [4]. Die aus der Zivilprozeßlehre bekannte Ansicht [5] vom konstitutiven Charakter der falschen Entscheidung verkennt das Wesen von Gestaltung und Feststellung. Die Unterscheidung ist nur durch die Art des Rechtsfolgeneintritts, nicht aber durch die Integrität eines Erkenntnisakts bestimmt [6]. Die Gestaltungswirkung ist die bestimmungsgemäße Wirkung einer Entscheidung, deren "Zielwirkung" [7]. Daß es eine derartige Zielwirkung bei der falschen Entscheidung nicht geben kann, ist offensichtlich [8].

b) Aber auch die Ansicht von der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle als materieller [9] Verfassungsgerichtsbarkeit läßt sich nicht halten. Soweit sie mit der Allgemeinverbindlichkeit der Normentscheidung [10] oder deren "normativer" Wirkung [11] begründet wird, beruht sie auf einer Verwechslung der Wirkung prinzipaler Normentscheidungen mit

---

8 Die Normenkontrolle wird häufig mit der Interpretation identifiziert vgl. etwa v. HIPPEL, HdbDStR, II/552, 558, LARENZ, Rechtsgeltung, S. 38, NAWIASKY, DJZ 23/41, THEISEN, AöR 8/271 und die Nachw. bei MÜLLER, DVBl. 62/161 Anm. 32 f.

9 Vgl. S. 5, 8 ff. 1 Vgl. S. 93 f. 2 Vgl. BVerfGE 3/236.

3 Im Ergebnis wie hier BETTERMANN, ZZP 72/35 f., DREHER, NJW 51/378, MÜLLER, DVBl. 62/161, m. Nachw., vgl. auch LEIBHOLZ, JöR 6/111 und SCHEUNER, DVBl. 52/617.

4 A. A. wohl BERGMANN, VerwArch. 51/42 f., der freilich die konstitutive Wirkung der unrichtigen Normentscheidung wenig folgerichtig auf die gültigkeitsverneinende Entscheidung beschränkt.

5 Vgl. ROSENBERG, Lehrbuch, S. 736 ff., kritisch dazu BÖTTICHER, Bindung, S. 515.

6 In einem allgemeinen, untechnischen Sinne kommt jeder Gerichtsentscheidung "konstitutive" Wirkung zu, weil erst mit der rechtskräftigen Entscheidung der geltend gemachte Anspruch durchsetzbar wird (vgl. BACHOF, AöR 87/34 f., wie er schon THOMA, HdbDStR, II/235). Die Begründung der Vollstreckungsfähigkeit, aber auch nur die Rechtskraft dürfen nicht mit der rechtstechnischen Gestaltung verwechselt werden.

7 BÖTTICHER, aaO, ROSENBERG, aaO, S. 731.

8 BÖTTICHER, aaO, ROSENBERG, aaO, S. 412.

9 Ein formeller Begriff kommt offensichtlich nicht in Frage.

10 BERGMANN, VerwArch. 51/39. 11 ULE, AöR 82/127.

der verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Die dieser Meinung zugrundeliegende Auffassung von der essentiellen Allgemeinverbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen trifft nicht zu [1]. Ohne daß im übrigen auf den ungeklärten Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit [2] eingegangen werden müßte, kann wenigstens soviel gesagt werden, daß sie Rechtsprechung in Verfassungsfragen ist [3]. Prinzipale Normenkontrolle kann daher Verfassungsgerichtsbarkeit sein, wenn es um die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsvorschriften geht [4]. Umgekehrt braucht unter dieser Voraussetzung nicht jede verfassungsgerichtlich ausgeübte Normenkontrolle Verfassungsgerichtsbarkeit darzustellen [5]. Sieht man aber die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Legislativakten als Verfassungsgerichtsbarkeit an, so stellt sich sofort die Frage, warum nicht auch die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von VA'en dazugerechnet wird [6], und zwar selbst dann nicht, wenn sie, wie etwa bei der Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG, durch ein Verfassungsgericht erfolgt [7]. Indes kommt es auf diese Ungereimtheiten nicht weiter an. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist keine Verfassungsgerichtsbarkeit, weil weder die Gegenstands- noch die Maßstabsnormen dieses Verfahrens zum Verfassungsrecht gehören [8].

3. Der Standpunkt der VwGO in Bezug auf die Qualifikation der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ist nicht eindeutig. Sicher ist nur, das man im Gesetzgebungsverfahren das Problem nicht in seiner vollen Tragweite erkannt hat. Dafür ist die amtl. Begr. des RegEntw. zur VwGO ein beredter Beweis. Sie gibt das Verfahren einerseits als Verfassungsgerichtsbarkeit aus [9], nimmt aber andererseits die Regelungsbefugnis des Bundes dafür wie selbstverständlich an, obwohl sie zuvor ausführ-

1 Vgl. Art. 94 Abs. 2 GG, § 31 Abs. 1 BVerfGG.

2 Vgl. für alle LECHNER, BVerfGG, S. 35 ff., m. Nachw.

3 So BETTERMANN, AöR 86/157, FRIESENHAHN, HdbDStR, II/524, Rechtsprechung, S. 54 ff. und Verhältnis, S. 4 ff.

4 BETTERMANN, aaO, HOLDEGEL, DÖV 54/209.

5 So die Überprüfung der Bundesrechtmäßigkeit von Landesrecht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.

6 Vgl. bereits oben S. 71 f. Für die uneingeschränkt h. M. ist die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von VA'en im Verwaltungsprozeß Verwaltungsgerichtsbarkeit.

7 Vgl. FRIESENHAHN, Rechtsprechung, S. 49, LECHNER, aaO, Vorbem. 3 zu § 90.

8 BETTERMANN, aaO.

9 BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33.

lich die Zuständigkeit des Bundes nur für die Regelung des gerichtlichen Verfahrens der - materiellen - Verwaltungsgerichtsbarkeit ableitet [1]. Im Verhältnis von § 47 VwGO zu § 40 VwGO sind zwei einander ausschließende Deutungen möglich. Entweder ist die Entscheidungsbefugnis des § 47 VwGO bereits in der der Generalklausel enthalten, die dann durch ihn beschränkt wird, oder aber sie wird der Verwaltungsgerichtsbarkeit zusätzlich zu der des § 40 VwGO erteilt. Da aber nach dem Willen der VwGO schon nach der Generalklausel lückenloser Rechtsschutz besteht [2], muß es sich um eine zusätzliche Befugnis handeln. So oder so aber ist vorausgesetzt, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle eine Tätigkeit materieller Rechtsprechung darstellt [3]. Auch das versteht sich nicht von selbst. Da bisher alle Versuche einer materiellen Begriffsbestimmung gescheitert sind, bleibt nur die Möglichkeit einer historischen Bestimmung des Rechtsprechungsbegriffs [4]. Diese indes muß bei einem derart jungem Phänomen wie dem der Normenkontrolle versagen [5]. Zu einem gleichwohl brauchbaren Ergebnis dürfte folgende Überlegung führen: Überall wo neue staatliche Funktionen erwachsen, ist der Gesetzgeber außerhalb der historisch gewachsenen Aufgaben frei in der Zuweisung neuer Aufgaben, auch soweit es um die Bestimmung ihres "materiellen" Charakters geht. Die Prinzipalkontrolle soll nach Absicht des Gesetzgebers abschließend Klarheit über Normzweifel schaffen. Das kann nur dadurch geschehen, daß die Normentscheidung ihrerseits nicht wiederum Gegenstand einer Inzidentkontrolle werden kann. Das ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Richter über den Normzweifel entscheidet [6]. Da die Letzterkenntniszuständigkeit im Rechtsbereich Aufgabe und Monopol der Gerichte ist [7], dürfte es gerechtfertigt sein,

---

1 BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 24 f., vgl. dazu auch ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Einl. Anm. II.

2 Amtl. Begr. aaO, S. 30 f.

3 Ihr Rechtsprechungscharakter wird, abgesehen von den oben S. 110 Anm. 3 Genannten vor allem von MENGER, System, S. 44, 88 f. und Grundrechte, III/737, je. m. Nachw., verfochten.

4 BACHOF, VVDStRL 14/178, BAUR, DNotZ 55/507, DÜRIG, GG, Rdnr. 21 zu Art. 19 IV, HAAS und REDDING, JZ 53/336, SCHEUNER, VVDStRL 14/185, vgl. ferner BACHOF, JZ 57/336 und JESCH, Bindung, S. 91 Anm. 121 a. Daß das GG wegen Art. 92 zu einem inhaltich bestimmten Begriff zwingt, steht außer Zweifel (vgl. etwa BACHOF, VVDStRL 14/178, FRIESENHAHN, Rechtsprechung, S. 21, JESCH, Bindung, S. 89, RUMPF, VVDStRL 14/148). Zum materiellen Rechtsprechungsbegriff vgl. oben S. 60, ferner GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 42 f., m. Nachw.

5 BACHOF, aaO, geht auf diese Schwierigkeit nicht ein.

6 Vgl. oben S. 60 ff.

7 Vgl. oben S. 60 ff.

aus dem Sinn der Prinzipalkontrolle und ihrer Zuweisung an die Gerichte zu folgern, daß sie das geltende Recht als materielle Rechtsprechung wertet [1].

4. Geht man davon aus, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle eine Tätigkeit materieller Rechtsprechung bildet, so ergibt sich auch hier keine Regelungsbefugnis des Bundes, und zwar unabhängig davon, welcher der verschiedenen Gerichtsbarkeiten man sie zuordnen mag.

a) Als Verfassungsgerichtsbarkeit fällt sie möglicherweise bereits nicht einmal unter das Tatbestandsmerkmal des "gerichtlichen Verfahrens" in Art. 74 Nr. 1 GG. Denn man hat nicht ohne Berechtigung die Ansicht vertreten [2], daß die Organisation der Verfassungsgerichtsbarkeit ausschließlich Sache der Länder ist und deshalb Art. 74 Nr. 1 GG von vornherein darauf keine Anwendung finden kann [3]. Aber selbst wenn Art. 74 Nr. 1 GG schlechthin für alle Gerichte gelten würde, so fehlt es doch an einem die Bundeskompetenz begründenden Gesetzgebungsbedürfnis gem. Art. 72 Abs. 2 GG zur Regelung der Landesverfassungsgerichtsbarkeit [4]. Dieser von der amtl. Begr. des RegEntw. der VwGO selbst mehr oder weniger eingestandene Mangel [5] führt unausweichlich zur Grundgesetzwidrigkeit des § 47 VwGO. Nimmt man dagegen an, es handelt sich bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle um Verwaltungsgerichtsbarkeit [6], so trifft zwar Art. 74 Nr. 1 GG zu, und auch wegen des gem. Art. 72 Abs. 2 GG erforderlichen Gesetzgebungsbedürfnisses kann davon ausgegangen werden, daß es genügt, wenn ein Bedürfnis für die bundeseinheitliche Regelung einer Materie insgesamt gegeben ist und es nicht darauf ankommt, ob ein solches Bedürfnis gerade für jede getroffene einzelne Maßnahme vorliegt. Für diesen Fall gilt jedoch, daß die aus der Verfassungsautonomie der Länder fließende Befugnis zur Normierung der Landesnormenkontrolle durch eine Gesetzgebungsbefugnis aus Art. 74 Nr. 1, 72 GG nicht beseitigt werden kann [7]. § 47 VwGO ist auch unter dieser Voraussetzung grundgesetzwidrig [8].

---

1 Damit ist nicht zu einer formellen Begriffsbestimmung übergegangen.

2 Vgl. HAMANN, GG, Anm. B 5 zu Art. 74.

3 Das muß auch dann gelten, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit durch andere als Verfassungsgerichte ausgeübt wird, wie das teilweise auch sonst der Fall ist (vgl. LECHNER, Grundrechte, III/698).

4 Vgl. oben S. 110.

5 BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 33, rechte Spalte.

6 Auch hierfür wird ein exakter Nachweis kaum zu erbringen sein. Eine historische Begriffsbestimmung versagt umso mehr, als die Normen-

b) Zur Aufrechterhaltung von § 47 VwGO ließe sich allenfalls an folgendes denken: Während der Vollzug der Bundesgesetze grundsätzlich in den Händen der Länder liegt [1], dominiert bei der Ausführung von Rechtsprechungsaufgaben die Regelungsbefugnis des Bundes [2]. Zwar sind alle Gerichte mit Ausnahme der in Art. 94 und 96 GG genannten Landesgerichte, jedoch erhalten sie ihren Rechtsprechungsauftrag vom Bund [3]. Daher muß der Bund, so könnte überlegt werden, die Voraussetzungen bestimmen können, unter denen die Länder den nach Bundesrecht organisierten Gerichten von sich aus Aufgaben übertragen dürfen [4]. Aber auch diesem Argument steht die Verfassungsautonomie der Länder entgegen, die durch die Organisationsbefugnis des Bundes auf dem Gebiet der Verfassung und des Verfahrens der Gerichte nicht beeinträchtigt werden kann [5]. Die Länder sind daher auch frei in der Bestimmung, welches Landesgericht in welchem Landesnormenkontrollverfahren entscheidet.

5. Aus all dem folgt die Grundgesetzwidrigkeit von § 47 VwGO. Die Länder sind bei der Einführung und Ausgestaltung ihrer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle frei. Hätte die VwGO, dem Vorschlag des Bundesrats entsprechend [6], eine Vorschrift über die Normenkontrolle nicht enthalten, so wäre dadurch kein Land an ihrer Beibehaltung oder Einführung gehindert worden [7]. Für die Praxis ergeben sich aus der Ungültigkeit von § 47 VwGO keine unüberwindlichen Schwierigkeiten, weil die Ausführungsgesetze der Länder [8] die erforderliche und ausreichende Verfahrensgrundlage liefern [9].

---

kontrolle keineswegs zum allgemeinen Bestandteil des deutschen Verwaltungsprozeßrechts geworden ist. Unter einen historischen Begriff der "verwaltungsrechtlichen Streitigkeit" ist sie nicht zu bringen.

7 Vgl. oben S. 35, 38.

8 Für andere Gerichtsbarkeiten würde entsprechendes gelten.

1 Vgl. Art. 83 ff. GG. 2 Vgl. Art. 74 Nr. 1 GG.

3 Vgl. Art. 92 GG.

4 Vgl. dazu §§ 187, 193 VwGO. Hinsichtlich der deklaratorischen oder konstitutiven Bedeutung dieser Vorschriften ist die Literatur unergiebig.

6 BTDrs. 55, 3. Wahlperiode, S. 54. 5 Vgl. oben S. 35, 38.

7 Vgl. GOES, Ba-WüVBl. 58/182 Anm. 3. 8 Vgl. S. 78 Anm. 1.

9 Das gilt auch für die §§ 25 der VGG'e. Diese sind zwar trotz § 195 VwGO erst durch die Ausführungsgesetze der Länder derogiert worden. Hält man aber diese insoweit wegen ihrer Abhängigkeit von einer nichtigen Vorschrift ebenfalls für nichtig, so gelten die §§ 25 VGG'e weiter, und es würde nur in Schleswig-Holstein an einer Rechtsgrundlage fehlen. Auf Einzelheiten kommt es hier nicht weiter an.

b)

DER UMFANG DER DEM BUNDESGESETZGEBER VERBLIEBENEN GESTALTUNGSFREIHEIT.

§ 20.

DIE KONTROLLE VON UNTERGESETZLICHEM BUNDESRECHT AN UNTERGRUNDGESETZLICHEM MASSTABSRECHT UND VON FRÜHEREM AN SPÄTEREM BUNDESRECHT.

Die Bindungen, denen der Bundesgesetzgeber bei der weiteren Ausgestaltung des Rechts der ursprünglichen Prinzipalkontrolle unterliegt, gehen sehr weit. Dennoch sind ihm auch nach der grundgesetzlichen Regelung noch bedeutsame Gestaltungsmöglichkeiten geblieben. Es handelt sich hierbei in erster Linie um die Einführung der ursprünglichen Prinzipalkontrolle mit untergrundgesetzlichem Maßstabsrecht und der von früherem an späterem gleichrangigem Bundesrecht.

1. Gemeint sind hier nicht die Befugnisse, die dem Gesetzgeber nach Art. 94 Abs. 2, 93 Abs. 2 GG zustehen. Art. 94 Abs. 2 GG, wonach durch Bundesgesetz Verfassung und Verfahren des BVerfG geregelt werden können, gilt nur insoweit, als das GG nicht selbst schon eine entsprechende Regelung getroffen hat und gibt mithin keine Ermächtigung zu vereinfachter Verfassungsänderung [1]. Er wirkt daher nur klarstellend, und zwar umso mehr, als nach deutschem Staatsrecht materielles Verfassungsrecht, wozu auch die Organisation von Verfassungsorganen gehört, auch durch einfaches Gesetz normiert werden kann, soweit es die formelle Verfassung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat [2]. Nach Art. 93 Abs. 2 GG können dem BVerfG durch Bundesgesetz auch andere als die im GG aufgezählten Zuständigkeiten übertragen werden. Zwar ist die Zuständigkeitsbestimmung ebenfalls ein Teil der "Verfahrensregelung" [3], zu der der Bundesgesetzgeber ohnehin gem. Art. 94 Abs. 2 GG befugt ist. Gleichwohl ist Art. 93 Abs. 2 GG nicht eine überflüssige Wiederholung; er beseitigt nämlich den limitativen Charakter der Aufzählung der Zuständigkeiten im GG und bestätigt außerdem, daß Art. 94 Abs. 2 GG nicht zu vereinfachter Verfassungsänderung ermächtigt. Es können daher nur solche Befugnisse dem BVerfG übertragen werden, die das GG nicht ausgeschlossen oder anderweitig abschließend geregelt hat [4]. Im übrigen kommt es hier auf Art. 93 Abs. 2 GG schon deshalb nicht an, weil die zu behandelnden Befugnisse nicht notwendig dem BVerfG übertragen werden müssen.

---

1 Dazu bereits S. 106. 2 Vgl. dazu oben §§ 15 ff.

3 HAMANN, GG, Anm. B 5 zu Art. 74.

4 Art. 94 Abs. 2 und 93 Abs. 2 GG ergänzen daher einander.

2. Art. 92 Abs. 1 Nr. 2 GG erwähnt in Bezug auf bundesrechtliches Gegenstandsrecht nur die Überprüfung am Maßstab des GG. Wollte man die Vorschrift auch in dem Sinne für abschließend halten, daß die ursprüngliche Prinzipalkontrolle des Bundes schlechthin auf die Vereinbarkeit mit dem GG beschränkt ist, dann ist jede andere Vereinbarkeitsprüfung, vor allem die von Bundesverordnungsrecht auf die Übereinstimmung mit Bundesgesetzesrecht, ausgeschlossen [1]. Überwiegend wird aber davon ausgegangen, daß dem Bundesgesetzgeber die Einführung einer ursprünglichen Prinzipalkontrolle mit untergrundgesetzlichem Maßstabsrecht nicht verwehrt ist. Hier sind an erster Stelle die Autoren zu nennen, die eine solche Überprüfung bereits nach § 76 BVerfGG für zulässig halten [2]. Aber auch die Gegner dieser weiten Auslegung von § 76 BVerfGG [3], stellen, soweit ersichtlich, eine entsprechende Regelungsbefugnis des Bundes nicht in Frage. Endlich gehören hierher die Befürworter einer Rechtsverordnungskontrolle durch das BVerwG de lege ferenda [4].

Soweit dabei auf Art. 94 Abs. 2, 93 Abs. 2 GG rekurriert wird, kann dem nicht gefolgt werden [5]. Es bedarf stets des Nachweises, daß das GG einer derartigen Zuständigkeit nicht im Wege steht. Trifft das zu, so ermöglicht Art. 93 Abs. 2 GG nur die Zuweisung einer entsprechenden Kompetenz an das BVerfG, zwingt aber nicht dazu. Das scheint v. MANGOLDT [6] zu übersehen, der aus dem Zweck der Vorschrift, den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit zu ermöglichen, auf die zulässige Einführung von untergrundgesetzlichem Maßstabsrecht folgern zu können glaubt. Die ratio constitutionis führt schon deshalb nicht in der von v. MANGOLDT gewollten Richtung weiter, weil die Überprüfung von Verordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit Gesetzesrecht nicht Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt [7]. Dagegen wird man aus Art. 93 Abs.1 Nr. 2 GG nicht ableiten können, daß nur die Grundgesetzmäßigkeitsprüfung zulässig sein

---

1 Bei der Kontrolle von Landesrecht dagegen ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG Bundesrecht schlechthin Maßstabsrecht.

2 HOLTKOTTEN, GG, Anm. II B 2 c zu Art. 93, KRATZER, DÖV 54/45, LECHNER, BVerfGG, Anm. 4 zu § 13 Ziff. 10 und Anm. 2 zu § 76, v. MANGOLDT, GG, S. 508, SCHÄFER, JZ 51/201.

3 GEIGER, BVerfGG, Anm. 1 und 6 zu § 76 und Anm. 2 zu § 78, GOESSL, Organstreitigkeiten, S. 219 Anm. 874.

4 BACHOF, VA, S. 285 (316), MENGER, Grundrechte, III/739.

5 Vgl. S. 116.

6 AaO.

7 Vgl. oben S. 111 f.

soll. Der Grundgesetzgeber wollte vielmehr in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nur die ursprüngliche Prinzipalkontrolle normieren, die nach seiner Ansicht auf jeden Fall vom BVerfG durchgeführt werden muß. Mit der h. M. kann deshalb davon ausgegangen werden, daß das GG die Kontrolle von untergesetzlichem Bundesrecht an untergrundgesetzlichem Maßstabsrecht nicht verhindert [1].

3. In diesem Zusammenahng ist streitig, ob der Gesetzgeber die Maßstabsnormen der ursprünglichen Prinzipalkontrolle nicht schon durch § 76 BVerfGG auf untergrundgesetzliches Recht erweitert hat [2]. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift erstreckt sich nämlich die Zuständigkeit des BVerfG im Gegensatz zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auf die Prüfung der Übereinstimmung von Bundesrecht mit Bundesrecht schlechthin. Streitig ist die Frage trotz des klaren Wortlauts von § 76 BVerfGG, weil § 78 BVerfGG, der den Inhalt der Entscheidung des BVerfG im ursprünglichen Prinzipalkontrollverfahren regelt, mit § 76 BVerfGG nicht abgestimmt ist und wieder in die Diktion des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zurückfällt.

KRATZER [3], der davon ausgeht, daß jede bundesrechtswidrige Rechtsverordnung auch grundgesetzwidrig ist [4], hält § 76 BVerfGG deshalb nur für eine scheinbare Erweiterung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Selbst wenn dies zutreffen sollte [5], so kann KRATZER doch nicht gefolgt werden. Das System der ursprünglichen Prinzipalkontrolle ist durch eine Vielzahl besonderer Kontrollverfahren mit jeweils unterschiedlichem und sich ausschließendem Maßstabsrecht gekennzeichnet. Da es mithin ein allgemeines Kontrollverfahren nicht gibt, kann die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem GG die Prüfung der Vereinbarkeit mit anderem Vorrangsrecht nicht ersetzen. Hätte KRATZER recht, so wäre auch für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle kein Platz [6].

Das BVerfGG widerspricht sich in seinen §§ 76 und 78 und bedarf deshalb der korrigierenden Auslegung. Läßt man sich hierbei vom Sinn der

---

1 Zu apodiktisch daher ULE, AöR 82/129. 2 Vgl. S. 117 (Anm. 2 ff.).

3 DÖV 54/45.

4 Vgl. dazu die Rspr. des BVerfG bei Verfassungsbeschwerden, die auf Art. 2 GG gestützt werden (dazu bereits S. 84 und Nachw. in Anm. 3).

5 Zum Problem der sog. "mittelbaren" Verfassungswidrigkeit bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle HERZOG, BayVBl. 61/372 f.

6 Die einzelnen Prinzipalverfahren sind ausschließlich auf die Prüfung der Übereinstimmung mit ganz bestimmtem Maßstabsrecht beschränkt, woraus notwendig auch die Beschränkung des Umfangs der sachlichen Entscheidungswirkungen resultiert (BETTERMANN, AöR 86/162). Die Verfahren können daher einander nicht ersetzen.

Prinzipalkontrolle leiten, in möglichst weitem Umfang Sicherheit und Klarheit über den Bestand des objektiven Rechts zu verschaffen, so erscheint die § 76 BVerfGG favorisierende Lösung geboten. Hält man aber mit der überwiegenden und auch zu billigenden Meinung [1] eine über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG hinausgehende Kontrolle von untergesetzlichem Bundesrecht für zulässig [2], so ist für die von BACHOF und MENGER [3] geforderte Rechtsverordnungskontrolle durch das BVerwG kein Platz mehr [4].

4. Ist mithin die Frage des Prüfungsmaßstabs der ursprünglichen Prinzipalkontrolle des Bundes in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG insofern nicht abschließend geregelt, als auch Prüfungsverfahren mit untergrundgesetzlichem Maßstabsrecht eingeführt werden können, so steht sie auch unter einem anderen Gesichtspunkt zur Disposition des Gesetzgebers. Für die h. M. [5] scheint sich die Normenkontrolle in der Überprüfung von objektivem Recht am Maßstab des höherrangigen Rechts zu erschöpfen. Den Ursachen dieser restriktiven Auffassung ist hier nicht nachzugehen. Es besteht jedoch kein überzeugender Grund dafür, sich mit einem derartig engen Begriff abzufinden. Denn da Geltungszweifel nicht nur in vertikaler, sondern auch in horizontaler Normebene auftreten und sich dort ebenso empfindlich bemerkbar machen, ist es für die Sicherheit des Rechtslebens auf die Dauer nicht gerechtfertigt, die Normenkontrolle nur auf die sich aus der Normhierarchie ergebenden Normzweifel auszurichten. Dazu muß auch vorrangiges Recht gleicher Rangstufe [6] Prüfungsmaßstab der ursprünglichen Prinzipalkontrolle sein können und diese Möglichkeit ist durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nicht etwa deshalb schon ausgeschlossen, weil sie bislang nicht erwogen wurde.

a) Eine derartige, auch auf Maßstabsrecht gleicher Rangstufe erweiterte Prinzipalkontrolle ist im geltenden Normenkontrollrecht bereits nach § 76 BVerfGG und im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren möglich, ohne daß es dazu einer formellen Gesetzesänderung bedürfte.

---

1 Vgl. die Nachw. S. 117 Anm. 2.

2 Soweit ersichtlich, ist das BVerfG bislang noch mit keinem derartigen Fall befaßt gewesen.

3 Vgl. die Nachw. oben S. 117 Anm. 4.

4 Es sei denn, man tritt dafür ein, daß gerade das BVerwG für die Rechtsverordnungskontrolle zuständig sein soll.

5 Vgl. etwa ENGELHARDT, JöR 8/102, HOLTKOTTEN, GG, Anm. II B 2 c zu Art. 93, LECHNER, BVerfGG, Anm. 2 zu § 13 Ziff. 6, MENGER, Grundrechte, III/737, SCHÄFER, JZ 51/201, ferner BVerfGE 1/396, 4/189.

6 Vgl. dazu oben S. 24.

Denn die in § 76 BVerfGG genannte "Unvereinbarkeit" ist entgegen SCHÄFER [1] auch im Verhältnis gleichrangiger Vorschriften möglich, ebenso wie sich die Überprüfung der "Gültigkeit" im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren auf die Vereinbarkeit der lex prior mit der lex posterior erstrecken kann [2].

b) Dagegen bestehen im System des geltenden Normenkontrollrechts bestimmte Verfahren, bei denen immer nur höherrangiges Maßstabsrecht den Prüfungsmaßstab liefern kann. Das ist vor allem für Art. 100 Abs. 1 GG der Fall, weil der durch diese Vorschrift geschützte Gesetzgeber [3] nur gegen das höhere Recht der Verfassung [4] verstoßen kann. Ebenso kann sich die Kontrolle der Bundesrechtmäßigkeit von Landesrecht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nur an dem höheren Prüfungsmaßstab des Bundesrechts orientieren. Von diesen, aus der besonderen Struktur ganz bestimmter Verfahren sich ergebenden Eigenheiten abgesehen, ist kein Grund ersichtlich, die Prinzipalkontrolle auf die im Verhältnis des niederen zum höheren Recht beruhenden Gültigkeitszweifel zu begrenzen. Jedenfalls aber ist die Einführung der lex posterior als Prüfungsmaßstab in einem bundesrechtlichen Prinzipalverfahren durch die grundgesetzliche Regelung der Prinzipalkontrolle nicht ausgeschlossen.

---

1 JZ 51/201.

2 Die h. M. geht freilich in keinem der beiden Fälle auf diese erweiterte Kontrollmöglichkeit ein.

3 Vgl. oben S. 68 f.

4 Der Landesgesetzgeber daneben auch gegen das höhere (Art. 31 GG) Bundesrecht.

§ 21.

DIE AUSGESTALTUNG DES VERFAHRENS IM EINZELNEN.

Neben den in § 20 behandelten Fragen kommt den technischen Einzelheiten der Verfahrensausgestaltung eine geringere, vorwiegend praktische Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hat bei ihrer Festlegung in den oben [1] erörterten Grenzen freie Hand. Er kann die verfahrenstechnischen Einzelheiten der ursprünglichen Prinzipalkontrollverfahren nach Belieben bestimmen, sofern er dadurch nicht die vom GG selbst abschließend normierten Zuständigkeits- und Zulässigkeitsvoraussetzungen erweitert oder beschränkt.

1. Die Gestaltungsfreiheit betrifft die technische Verfahrensdurchführung. Hierher gehören beispielsweise die Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens [2] oder dessen Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit [3], die Vertretung der Verfahrensbeteiligten [4], die Ausschließung oder Ablehnung von Gerichtspersonen [5], die Bestimmungen über die Beweisaufnahme [6], die Zulassung besonderer Anhörungsberechtigter [7], Bestimmungen über besondere Verfahrensformen, etwa eines vereinfachten Verfahrens [8] oder einer einstweiligen Anordnung [9], oder über die Formen der gerichtlichen Entscheidung [10]. Ausgeschlossen sind dagegen Verfahrensausgestaltungen, durch die die Zulässigkeit des Verfahrens gegenüber der grundgesetzlichen Regelung erschwert würde. Es ist dem Gesetzgeber daher verwehrt, die Zulässigkeit des Verfahrens von der

---

1 Vgl. S. 76 ff.

2 Vgl. §§ 23, 25 BVerfGG.

3 Vgl. § 17 BVerfGG.

4 Vgl. § 22 BVerfGG.

5 Vgl. §§ 18 f. BVerfGG.

6 Vgl. §§ 26 ff. BVerfGG.

7 Vgl. § 77 BVerfGG; eine Erweiterung des Kreises der Antragsberechtigten im Vergleich zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG darf freilich dadurch nicht stattfinden (vgl. dazu oben S. 83 ff.).

8 Vgl. § 24 BVerfGG.

9 Vgl. § 32 BVerfGG. Das BVerfG hat aus der systematischen Stellung der Vorschrift im Abschnitt über die allgemeinen Verfahrensvorschriften die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung auch im Verfahren der ursprünglichen Prinzipalkontrolle gefolgert (vgl. BVerfGE 1/86, 282, 2/103, 7/370, 373, 493). Zum Problem der einstweiligen Anordnung im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III 3 zu § 47 VwGO.

10 Vgl. dazu § 25 Abs. 2 und 3 BVerfGG. Im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erfolgt die Entscheidung durch Beschluß (vgl. § 47 Satz 3 VwGO, § 25 Abs. 1 Satz 1 VGG).

Einhaltung etwa besonderer Ausschlußfristen [1] oder dem Vorliegen eines besonderen "Rechtsschutzinteresses" [2] abhängig zu machen.

a) Freilich bestehen auch hier gewisse Beschränkungen für den Gesetzgeber, die aus der Natur der Sache folgen. Das zeigt sich deutlich am Beispiel der das Verfahren der ursprünglichen Prinzipalkontrolle beherrschenden Maximen. Wenn auch die Verfahrenseinleitung von einem Dispositionsakt der Antragsberechtigten abhängt [3], so kann doch der Fortgang des Verfahrens nicht vom Belieben der Beteiligten abhängig sein; der Verfahrensbetrieb muß daher im Amtsbetrieb erfolgen [4]. Ebenso geht es nicht an, die Sammlung des Verfahrensstoffes den Beteiligten zu überlassen; es muß der Untersuchungsgrundsatz herrschen [5]. Auch der Dispositionsgrundsatz entspricht nicht durchweg der Bedeutung des Verfahrens. Zwar ist der für die Verfahrenseinleitung erforderliche Antrag ein Dispositionsakt. Daneben mag man noch die Antragsrücknahme als Dispositionshandlung mit der Folge der Verfahrenseinstellung für zulässig erachten [6]. In keinem Fall aber würde es angehen, den Inhalt der Normentscheidung an das Parteibelieben etwa in der Form einer Säumnis-, Anerkenntnis- oder Verzichtsentscheidung zu binden.

b) Dagegen kann der Gesetzgeber das Prinzipalverfahren als objektives oder kontradiktorisches Verfahren ausstatten. Zwar ist die objektive Verfahrensform die der Normenkontrolle angemessene [7]. Man wird aber auch ein streitiges Verfahren, wie es die Länder teilweise bei der Verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle eingeführt haben, für zulässig halten dürfen [8].

2. Besonderer Erwähnung verdient noch die Formulierung der Normentscheidung. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG hat das BVerfG über die Vereinbarkeit von Rechtsvorschriften zu entscheiden. Im Gegensatz dazu bestimmt

---

1 Vgl. etwa § 93 Abs. 2 BVerfGG bei Verfassungsbeschwerden gegen Normen.

2 Vgl. oben S. 103 ff.

3 Vgl. oben S. 79.

4 Vgl. LECHNER, BVerfGG, Anm. C vor § 17.

5 Vgl. § 26 Abs. 1 BVerfGG.

6 Das BVerfG hat freilich zu Recht bereits in E 1/414 aus dem objektiven Charakter des verfassungsgerichtlichen Kontrollverfahrens die Unerheblichkeit der Antragsrücknahme gefolgert (vgl. dazu MENGER, VerwArch. 52/308 f.).

7 Vgl. oben S. 17. Das Verfahren nach §§ 97 ff. BVerfGG ist ein objektives Verfahren.

8 Vgl. Art. 10 Abs. 2 BayAGVwGO, Art. 7 Abs. 3 BremAGVwGO, § 7 Abs. 3 HessAGVwGO, § 5a Abs. 3 SchlHAGVwGO.

§ 78 BVerfGG, der den Inhalt der Normentscheidung regelt, daß das BVerfG die Nichtigkeit der überprüften Vorschrift festzustellen hat, wenn es zu der Überzeugung gelangt, daß diese mit dem GG oder dem sonstigen Bundesrecht nicht vereinbar ist. Für den gegenteiligen Fall, daß das BVerfG die Vorschrift mit dem genannten Maßstabsrecht für vereinbar hält, fehlt eine ausdrückliche Bestimmung. - Gültigkeit und Nichtigkeit stellen die notwendigen Rechtsfolgen der Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit von Rechtsvorschriften dar [1]. Folglich müßte auch die Umschreibung der Ursache mit ihrer Wirkung im Entscheidungstenor möglich sein. Gleichwohl widerspricht es dem System der Prinzipalkontrolle, mit "Gültigkeit" und "Nichtigkeit" zu tenorieren, weil es einerseits eine allgemeine Gültigkeitsprüfung nicht gibt und andererseits die Nichtigkeit nicht immer Rechtsfolge der Nichtvereinbarkeit ist.

a) Die Nichtigkeitsfeststellung nach § 78 BVerfGG wird nur der ursprünglichen Normwidrigkeit der Gegenstandsnorm gerecht [2]. Nur hier ist die Vorschrift von Anfang an wirkungslos. Bei nachträglicher Normwidrigkeit kann dem Spruch nach § 78 BVerfGG nicht entnommen werden, wann die Wirkungslosigkeit eingetreten ist. Außerdem wird nicht ersichtlich, ob die Normgeltung nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit beseitigt ist [3]. Der Tenor des § 78 BVerfGG ist insoweit unvollkommen und muß aus den Gründen ergänzt werden. Weit hinderlicher und nicht mehr durch Heranziehung der Gründe korrigierbar ist der Umstand, daß § 78 BVerfGG ferner nur auf die Fälle zugeschnitten ist, in denen die Wirkung der nachrangigen Vorschrift derogiert wird [4]. Die Prinzipalkontrolle muß aber auch die Fälle adäquat erfassen können, in denen die Vorrangsnorm nur suspendiert. Die Nichtigkeitsfeststellung ist dafür ungeeignet; der "Nichtigkeit" [5] sind deshalb die Bezeichnungen "Unwirksamkeit" oder "Ungültigkeit" vorzuziehen [6].

---

1 Vgl. oben S. 28 ff.

2 Wie hier HOLTKOTTEN , GG, Anm. II B 2 d zu Art. 93.

3 Vgl. oben S. 31 f.

4 Vgl. oben S. 31 f.

5 Mag der Begriff noch so vieldeutig sein, vgl. dazu bereits oben S. 28, vor allem Anm. 4.

6 HOLTKOTTEN, aaO. Außerdem kann selbst bei Derogation eine Anwendung auf vergangene Sachverhalte weiterhin in Frage kommen (vgl. S. 31), die Vorschrift ist dann nur in gewisser Hinsicht wirkungslos.

b) Für den Fall der Vereinbarkeit der überprüften Vorschrift schreibt das BVerfGG keine bestimmte Entscheidung vor. Zwar hat sich das BVerfG schon für befugt gehalten [1], die Gültigkeit von Vorschriften positiv in seiner Normentscheidung festzustellen, jedoch steht dem Gericht diese Möglichkeit nicht offen, weil es ein allgemeines Prüfungsverfahren nicht gibt. Bei der Aufsplitterung des Normenkontrollrechts in verschiedene Verfahren mit insbesonders verschiedenem und einander ausschließendem Maßstabsrecht kann immer nur die Vereinbarkeit mit bestimmten Prüfungsmaßstäben geprüft werden. Die positive Normentscheidung [2] ist deshalb in ihren sachlichen Wirkungen stets auf die Vereinbarkeit der jeweils geprüften Vorschrift mit dem im jeweiligen Verfahren anwendbaren Maßstabsrecht beschränkt [3], und nur diese Vereinbarkeit kann im Tenor festgestellt werden [4].

Davon ergibt sich auch dann keine Ausnahme, wenn das anzuwendende Maßstabsrecht das einzig in Frage kommende darstellt, wie es etwa bei der Prüfung der Grundgesetzmäßigkeit von Bundesrecht zutrifft. Denn es ist hier immer noch möglich, daß die geprüfte Vorschrift aus einem anderen Grunde, etwa dem Ablauf ihrer Geltungsdauer, wirkungslos geworden ist. Das festzustellen ist das BVerfG im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Ziff. 6, 76 ff. BVerfGG nicht befugt. Auch in der Ausklammerung solcher Feststellungsmöglichkeiten zeigt sich die Unvollkommenheit des Normenkontrollrechts.

---

1 Vgl. BVerfGE 1/20.

2 Anders verhält es sich freilich mit der negaitven Entscheidung; die Unvereinbarkeit auch nur mit einer Maßstabsnorm hat die Wirkungslosigkeit zur Folge.

3 BETTERMANN, AöR 86/162, FRIESENHAHN, Verhältnis, S. 70 f., LECHNER, BVerfGG, Anm. 2 zu § 13 Ziff. 6, HOLTKOTTEN, GG, Anm. II B 2 d zu Art. 93, SPRENG-BIRN-FEUCHTE, Kommentar, Anm. 4 zu Art. 68.

4 HOLTKOTTEN, aaO.

LEBENSLAUF.

Geboren wurde ich am 17. Mai 1930 in Amberg/Oberpfalz als Sohn des kaufmännischen Angestellten Ludwig Renck und seiner Ehefrau Mathilde, geb.Brucker. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Zur Schule ging ich in München und Amberg. 1950 bestand ich die Reifeprüfung an der Oberrealschule Amberg und nahm dann als Stipendiat an einem einjährigen studium generale am Leibniz-Kolleg der Universität Tübingen teil. Vom Wintersemester 1951/52 ab studierte ich Rechtswissenschaften, und zwar 4 Semester in Tübingen, 2 Semester in München und die letzten 3 Semester wieder in Tübingen. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 24. Juli 1956 in Tübingen, die zweite am 7. Februar 1961 in Stuttgart. Von April 1957 bis April 1961 war ich abwechselnd als Korrekturassistent und Verwalter einer Assistentenstelle, ab Mai 1961 als wissenschaftlicher Assistent bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen tätig. Am 1. Juni 1964 bin ich als Regierungsassessor in den Dienst der Bayerischen Innenverwaltung getreten.

Kleinoffsetdruckerei K. Urlaub Bamberg